

DEFENSA LEGAL,

POR

DON IGNACIO MANUEL DE AUÑON , Y PAVON, Marques de Nevares , como marido , y conjunta persona de Doña Rafaela Maria Ortiz de Zuñiga y Valdespino , Marquesa de Monte-fuerte, Condesa de Lebrija *n.* 48.

CON

DON JUAN DE GUZMAN ORTIZ DE ZUÑIGA Y MARAVER, vecino , y Maestrante de Sevilla *n.* 47.

Y

DON IGNACIO FERNANDEZ DE SANTILLAN , MARQUES de la Motilla *n.* 50.

SOBRE

LA TENUTA , Y POSESION DE EL MAYORAZGO, que fundaron el Comendador Don Alonso Ortiz , y su muger Doña Mencia de Astúñiga n. 1. *vacante por muerte de su ultimo Poseedor Don Luis Josef Ortiz de Zuñiga* n. 45.

Dirigat Deus intellectum in viam veritatis.

PRELUDIO.

1 I despues que de la notoria rectitud de el Supremo Senado logró la Marquesa de Monte-fuerte se le encargase la Administracion de el controvertido Mayorazgo, como preciso efecto de su claro derecho, (1) se advirtiese alguna novedad esencial, podriamos desconfiar de el exito, siempre dudoso en qualquiera litigio; pero no siendo capaz de alterar el concepto formado entonces la que se nota, y unicamente consiste, en haver producido los Colitigantes diferentes documentos, con el designio, bien que infructuoso, de corroborar la filiacion, y enlace que propusieron, è indica el Arbol, no será extraño sobstenga aquella justificada providencia la fundada esperanza, que concebimos de feliz suceso, sin que la variedad de dictámenes, que en los humanos juicios suele ser tan frequente, baste à desvanecerla: ¿Qué importa nos proponga la experiencia, auxiliada de repetidos exemplos, ser qualidad inseparable de la sabiduría, el mudar consejo (2), si solo sería tolerable, quando ofreciese la reflexion otro seguro medio de inquirir la verdad, y distribuir la justicia, apoyado con nuevos meritos, de que no se encuentra el mas leve, ò remoto indicio?

(1) Mem. num. 5.

(2) Argum. *textus in cap. non debet de Consang. & affinib. cap. q. mutari de reg. jur.*

2. Precedió à semejante resolucion un sério, y reflexivo examen de el asunto, y tal, que se dignó el Consejo permitir se escribiese en derecho: produxeron el deseado efecto los medios de defensa, que adoptó entonces la Marquesa de Montefuerte: Sería, pues, violento alterarlos, quando su instancia, que unicamente se dirige, à que se declare haversela transferido por ministerio de la Ley la posesion de el litigioso Mayorazgo, (3) se procuró esforzar con solidéz, huyendo de subtiles interpretaciones, comunmente opuestas à la voluntad, è intencion de los instituentes: Añadiremos sin embargo algunas reflexiones no menos eficaces, que corroboren su incontrovertible derecho, observando el método, que conceptuamos mas perceptible, y oportuno de distribuir en dos Articulos la defensa.

(3) Mem. nn. 4. & 205.

3. Se evidenciará en el primero, que siendo el Mayorazgo, que se disputa, de regular succesion, segun el actual estado de la familia, es patente el claro derecho de la Marquesa de

Mon-

Monte-fuerte, y su llamamiento, tratando, como hija de el ultimo poseedor, de el progreso de su linea, en competencia de D. Juan de Guzman, y el Marques de la Motilla, que solicitan el ingreso de las suyas, aun permitiendoles sin perjuicio de la verdad, el entronque, que con los Fundadores figuran: Persuadiendo en el segundo su incertidumbre, sin embargo de la multitud de documentos que han producido, y cuyos insanables defectos se harán patentes, proporcionando de esta suerte la mayor claridad, y que no se ofusque, ò confunda el que promovemos, y asiste por su Consorte à el Marques de Nevares.

ARTICULO I.

SIENDO EL MAYORAZGO, QUE EN VEINTE y uno de Marzo de 1472. *fundaron el Comendador Alonso Ortiz, y su Muger Doña Mencia de Astúñiga* (n. 1.) *de succesion regular, atendido el actual estado de la familia, no pueden competir el claro derecho de la Marquesa de Monte-fuerte, y su patente llamamiento Don Juan de Guzman, ni el Marques de la Motilla* nn. 47, *y* 50.

1. NO sería extraño, que la Marquesa de Monte-fuerte, como hija de el ultimo Poseedor, y asistida de la prerrogativa de la linea, hiciese supuesto de su inclusion, ciñendose à excluir à Don Juan de Guzman, y el Marques de la Motilla, comprendiendo los estrechos limites de el actual juicio de tenuta; pero sin embargo, conceptúa indispensable insinuar previamente su claro derecho al disfrute de el litigioso Mayorazgo: Asi lo dicta el orden, y exige la claridad, con que deben proporcionarse las defensas: No basta acreditar carecer de accion los Colitigantes, si no se procura evidenciar el que se promueve (1).

2. Investigaremos con esta idea en la voluntad, y mente de los Fundadores su llamamiento; hallarse asistida de la qualidad, y haver llegado el caso de su substitucion: Estos son los unicos requisitos, que à el efecto se consideran esenciales (2): El material reconocimiento, ò simple lectura de la Fundacion, sin necesidad de comento, ò glosa prestaria, suficiente merito para demonstrar, concurren en la Marquesa de Monte-fuerte, à no ser que impropiando las voces, ò violentando su sentido, se altere el que naturalmente tienen en nuestro Idioma.

3. Verdad es, que examinadas sus clausulas, sin aquella pro-

(1) D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 4. *n.* 3.

(2) D. Castill. *tom.* 6. *cap.* 136. *n.* 68. Rojas *de incomp. p.* 5. *cap.* 1. *n.* 2. Peg. *de Majorat. tom.* 2. *cap.* 10. *n.* 1.

profunda meditacion, que es conveniente, y necesaria, ò extrayendo algunas, que aunque literales, admiten de las anteriores, y posteriores su verdadera inteligencia (3), parece, que à su primer aspecto denotan el concepto de rigorosa agnacion, en las lineas de los ocho hijos varones de los Fundadores, y la artificiosa en las precedentes de sus hijas; pero comparadas todas, y cada una de las expresiones que incluye, como el mas seguro medio de dirigir con sencillez, y sin artificio el discurso, para adaptar al contexto su propio sentido (4), notará el menos perspicaz la repugnancia, de que salga este Mayorazgo de la esfera de regular, à lo menos en el actual estado de la familia, y descendencia de los instituentes.

4. Siempre ha pendido de la voluntad la forma de succeder (5): de esta singular prerrogativa dimana aquel libre arbitrio, y amplas facultades, que à los Fundadores asisten para disponer, aunque sea dando à un mismo Mayorazgo distintas qualidades, segun la diversidad de lineas que denoten (6): Sería, pues, un legal absurdo disputar à los de el litigioso la potestad de constituirle agnaticio, ya fuese absolutamente, ò con restriccion à determinado numero de personas: Sin embargo debe igualmente suponerse como elemental, è invariable principio de la materia, que siempre se presume regular; y que à fin de estimarse de qualidad, es indispensable una expresion tan literal, y clara, que no admita contraria inteligencia, ya sea porque manifiesten su animo à favor de la agnacion, ò se use de qualquiera de las formulas, que para excitarla indican los Autores (7), sin que basten las congeturas, y presunciones, à no ser tan vehementes, è indubitadas, que con evidencia la demuestren (8).

5. Tan violenta se ha estimado siempre la exclusion de las hembras, que segun el comun sentir de nuestros Regnicolas, es suficiente à desvanecerla en qualquiera disposicion la menos fundada duda (9): Adoptandole la Ley de el Reyno, exige, que sea literal, y expresa (10); y aunque tal vez insinuarán los Colitigantes, ser inadaptable à los Mayorazgos, que se erigieron con anterioridad, tiene semejante argumento una solucion concluyente: Es cierto, que las Leyes se extienden regularmente à los casos futuros; pero siendo, como la actual, declaratorias, y que en rigor no disponen de nuevo, pueden à los demás aplicarse sin impropiedad: los sabios Ministros, que para formarla ilustrarían à el Soberano, necesariamente pesaron, y compararon las opiniones, cotejando sus fundamentos, y extrayendo à costa

(3) *Ex leg. Media de Manum. testam.* ibi: *ex contextu totius scripturæ.* D. Greg. Lop. *in leg.* 11. *tit.* 4. *Part.* 3. Casan. *cons.* 17. *nn.* 1. 3. & 25.

(4) *Ex sup. citat.* Pereg. *de fideicom. art.* 45. *à n.* 29.

(5) *Ex leg. Omnium C. de testam.* Ros. *cons.* 19. *à n.* 19. D. Cast. *lib.* 4. *cap.* 8. *n.* 1.

(6) D. Cast. *lib.* 5. *cap.* 92. *n.* 4. D. Larr. *decis.* 53. *n.* 26. Barbos. *vot.* 70. *n.* 26.

(7) Peg. *de Majorat. tom.* 2. *cap.* 13. *nn.* 1. & 2. D. Cast. *lib.* 2. *c.* 92. *à n.* 4. D. Mol. *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 18. *ub.* Add. Rox. de Alm. *disp.* 1. *q.* 1. *n.* 74.

(8) Rox. *de incomp. p.* 1. *c.* 6. *n.* 311. D. Vela *disert.* 49. *n.* 62. D. Larr. *decis.* 34. *n.* 20.

(9) D. Mol. *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 18. *ub.* Add. & c. 5.

(10) *Lei* 13. *tit.* 7. *lib.* 5. *año* 1615.

ta de la fatiga que ocasiona esta prudente digestion de especies, la que consideraron mas sólida, juiciosa, y oportuna: ¿Podrá acaso negarse justamente el merito, y transcendencia de la Ley, aun respecto de los antiguos Mayorazgos, despues de el rígido examen de las doctrinas comunes, que precedió à su promulgacion, y sufriría el punto resuelto, como en todos los de nuestro derecho patrio?

6. Sirviendo de norte esta doctrina general, reconocerá el menos perspicaz, que lejos de excluir las hembras el que fundaron con fecha de 21. de Marzo de 1472. el Comendador Alonso Ortíz, y su Muger Doña Mencia de Astúñiga (11), ni advertirse expresa, y clara voluntad de conservar la agnacion, apenas se encuentra la mas leve seña, congetura, ò presuncion remota de que pueda inferirse: Si no es posible negar à ésta la qualidad de Fundadora con su Marido, preciso es confesar la regularidad de el Mayorazgo; pues en tal caso, debe entenderse la disposicion à favor de las hembras (12), como que absolutamente destruye el concepto de irregularidad; porque no siendo agnados, respecto de Doña Mencia, los instituidos (13), sería imposible influyese semejante qualidad en su llamamiento.

7. La causa, que parece sirvió de impulso à los Fundadores, se advierte explicada con la expresion siguiente: *Haviendo deseo, de que la memoria de nos, è nuestros linages permanezca* (14): ¿Se ha controvertido hasta ahora, que la diccion, ò palabra *linage*, es apta à comprender varones, y hembras, denotando una succesion puramente regular en su natural, y propio significado? Asi lo indica la Ley de el Reyno, refiriendo en el sencillo estilo de aquel tiempo, *que el Padre, y la Madre codician haver linage, que herede lo suyo* (15).

8. Siendo el Proemio el que persuade el fin, à que se dirige la disposicion (16), se estiman de la mayor eficacia sus clausulas, aunque generales para interpretar el animo, è intencion de los Fundadores (17); bien que el modo, y forma con que invitaron todas, y cada una de las lineas de sus hijos, è hijas, manifiestan con claridad la regular succesion de el Mayorazgo: Fue el primero à favor de *Diego Ortíz de Astúñiga su hijo legitimo mayor*, que es lo mismo, que el Primogenito (18), è indubitablemente comprensivo de todos los varones, y hembras (19): Previnieron, *que despues de sus dias lo haya el fijo suyo mayor que tuviere legitimo, è sus descendientes varones, dando siempre logar el menor al mayor* (20): Repiten posteriormente el llamamiento de el mismo fijo mayor, el hijo de este mayor varon,

(11) Mem. nn. 7. & seqq.

(12) Add. ad D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *n.* 73. & *seq. cum plur. ibi cit.*

(13) D. Mol. *lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 40. *ex l. pronuntiacio.* §. *familiæ*, *ff. de Verbor. signif.*

(14) *Asi consta de el principio de la fundacion, y Real facultad al fol.* 10. *de la p. c.*

(15) *Lei* 2. *tit.* 15. *part.* 2. & *lei* 1. *tit.* 8. & 1. *tit.* 20. ejusdem part. ibi: Esto usaron siempre en todas las tierras de el mundo, do quier que el Señorio ovieron por linage. *D. Mol. lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 10.

(16) Id. D. Mol. *lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 6.

(17) *L.* 9. *ff. de jur. & fact. ign.* Torres *de Majorat. p.* 2. *q.* 38. *n.* 14. & *seq.* D. Cast. *lib.* 4. *cap.* 46. *nn.* 26. & 27.

(18) Rox. *de incomp. p.* 8. *cap.* 5. *nn.* 12. & 14. *cum plur. ibi cit.*

(19) D. Cast. *lib.* 5. *cap.* 89. *n.* 78. Paz *de tenut. cap.* 57. *à n.* 48. D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 28. *ubi* Add.

(20) Mem. num. 8.

ron, y en su defecto, el nieto, ò visnieto varon (21)

9. ¿Quién no reconoce, segun el metodo, que en estos llamamientos observaron los Fundadores, que su objeto fue solamente atender à la mayoría, ò primogenitura, y no à la qualidad de varon? Si en la materia de Mayorazgos, instituida una persona indistintamente se incluyen todos sus hijos, y descendientes varones, ù hembras, segun la prerrogativa de las lineas (22), ¿no han de considerarse comprendidos los de D. Diego, sin embargo de que se advierta añadida la calidad de varon à la de hijo de éste, y su nieto? Semejante expresion solamente denota la preferencia de los varones à las hembras dentro de la misma linea, sin que pueda inducirse la exclusion de éstas, principalmente siempre que se invita à el varon con el adictamento de mayoría, como en nuestro caso (23); pues entonces se gradúa de mera explicacion de el orden propio, è inherente à la naturaleza de el Mayorazgo regular (24).

10. Otra qualquiera inteligencia, que pretenda adaptarse, seria muy violenta, y repugnante, cono diametralmente opuesta, y aun ofensiba à los principios mas obios, reglas de el derecho, y leyes patrias (25), sobre que podriamos extender el discurso, si no recelasemos contravenir à el superior precepto, que nos indica sus estrechos limites: ni obsta la objecion, que se prevee, insinuando acaso que la vocacion de el hijo, nieto, y visnieto en singular debe contraherse à el sexo masculino, segun el sentir de algunos Autores (26), siendo notorio que la comprension de la hija es no solo regular, y frequente, sino legal, y juridica, como natural, propia, y conforme à la mente de los Fundadores. (27)

11. Corrovora este aserto la clausula testamentaria de el Señor D. Enrique II. inserta como ley entre las recopiladas; (28) deseando constituir Mayorazgo perpetuo de los bienes, de que havia hecho gracia, y merced en la descendiencia, y linea de los donatarios, solamente previno *que lo hayan por Mayorazgo, é finquen en el hijo mayor de cada uno*: Este llamamiento de el hijo mayor aunque en singular no es dudable, se extiende à la hija, y à toda la descendiencia de varones, y hembras, entendiendose por un Mayorazgo puramente regular (29), verificando lo mismo la Ley de Toro, cuya expresion aunque reiterada de el hijo, nieto, ò descendiente legitimo incluye la hija mayor, nieta, ò qualquiera otra hembra proveniente de el Poseedor. (30)

12. Dificil será hallar en nuestro Idioma modo mas comun de

(21) Mem. dicho n. 8.

(22) Rox. *dict. p.* 5. *cap.* 4. *n.* 26. Aquil. *p.* 1. *cap.* 6. *n.* 314. Lara *de vit. hom. cap.* 30. *n.* 100. D. Cast. *lib.* 5. *cap.* 93. *à n.* 44.

(23) Mem. dicho n. 8.

(24) Mier. *de Major. p.* 2. *q.* 6. *n.* 107. Burg. de Paz *cons.* 91. *n.* 42. D. Mol. *lib.* 3. *cap.* 5. *nn.* 35. & 71. Torres *de Major. p.* 1. *cap.* 1. §. 7. *n.* 53. ibi: *Majoratus, vel Majoria nihil aliud est, quam dispositio aliqua vocans ad successionem natu majorem.*

(25) *Vid. dict. leg.* 2. *tit.* 15. *Partit.* 2. & 2. *tit.* 18. *Part.* 3. *Lex cum Avus ff. de condit. & demonst. L. cum acutissimè C. de fideicom.*

(26) Barb. *Appell.* 99. *n.* 51. Alv. Velasc. *de jur. emphyt. q.* 41. *n.* 3. *versic. idem.*

(27) *Ex leg. Erennius de verb. signif.* ibi: *filio, filiisque meis.* Ub. Glos. *Si possuiset singularem tantum in masculino, comprehenderet omnes.*

(28) *Ley* 11. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.*

(29) Acev. *in ead. l. n. fin.* Matienz. *glos.* 8. *n.* 6. Gutier. *lib.* 2. *q.* 92. *n.* 5.

(30) *Ley* 40. *de Toro.* Mier. *de Majorat. p.* 2. *q.* 6. *nn.* 37. & 41. Matienz. *ubi sup.*

de explicar los Fundadores su voluntad con arreglo à las leyes, siempre que tratan de constituir Mayorazgo, y coordinar sus llamamientos; pues segun el uso que aun en el sentido, é inteligencia de las voces logra no corto imperio, y à que debe atenderse conforme à derecho, (31) siempre el genero masculino incluye bajo de su significacion à el femenino en qualquiera materia indiferente, è igualmente adaptable à los dos sexos, qual es la succesion de Mayorazgos: (32) Solamente produce la preferencia dentro de la misma linea, y en igual grado, sin trascender à la exclusion de la hembra, que nunca se presume, principalmente si, como sucede à la Marquesa de Monte-fuerte, intenta el progreso de la suya; y seria extraña, y contra lo que prescribe la ley, la admision de el varon mas remoto, que pretende su ingreso. (33)

13. Ni es posible, que altere este seguro concepto, el que en la condicion defectiva de la clausula segunda se coloque *al fijo varon de Diego Ortiz, è otros descendientes de la linea de los varones legitimos*, (34), para hacer tránsito à la de Pedro Ortiz, segundo hijo de los Fundadores: es cierto que si à la palabra *descendientes*, se huviese añadido la de *varones*, prosiguiendo, segun lo egecutan sin ella, *por a linea de los varones*, seria esta formula de las que indican os Autores, como precisamente inductiva de la agnacion; (35) pero siendo constante que en el llamamiento directo, è institucion formal precedente no se encuentra la qualidad de hijos, ò nietos varones por la linea de varones ò masculina, (36) es sumamente violento graduar la condicion de superior eficacia: (37) aunque se repitiese, tampoco se entenderian excluidas las hembras: ni aun estandolo, se considera perpetua, y absolutamente, si no en competencia de los varones de la misma linea, ò grado, y no de los remotos. (38)

14. Asi lo persuade la voz *descendientes*, de que usaron, indistintamente comprensiva de varones, y hembras (39), sin que sea capaz de desvanecerlo el adictamento *por la linea de los varones*: Esta expresion es pr su naturaleza equivoca, y en igual caso no puede merecer el concepto de agnacion natural, y rigorosa, ni aun de simple masculinidad, sino de generacion masculina verificable sin irregularidad, atendiendo unicamente al principio de que procede (40).

15. Constituyeron os Fundadores dos clases de llamamientos: uno en cabeza de los hijos, y otro de las hijas, que existiesen al tiempo de su fallecimiento; y es consiguiente estimasen por linea masculina la que formase qualquiera de los varones,

(31) D. Covarr. *de Sponsal. & matrim. p.* 2. *cap.* 4. §. 1. *n.* 2. *Lex Labeo de suppel. leg.*

(32) D. Vela *disert.* 3. *in fine &* 49. *n.* 8. D. Cast. *lib.* 5. *cap.* 66. *n.* 21. Pereg. *de fideic. art.* 25. *n.* 2. Fusar. *de substit. q.* 311. *à n.* 1.

(33) Avend. *in dict. leg.* 40. Taur. *glos.* 9. *n.* 30. D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 4. *nn.* 15. *&* 18. Ub. Add. Torr. *p.* 1. *cap.* 25. §. 5. *nn.* 46. *&* 48.

(34) Mem. n. 9.

(35) D. Mol. *lib.* 2. *cap. ult. vers. Si quisiere excluir.* D. Rox. de Alm. *disp.* 1. *q.* 1. *n.* 74. Alt. Rox. *de incomp. p.* 1. *cap.* 6. *n.* 306.

(36) Mem. dicho n. 8.

(37) *Argum. ex leg. si quis sub condit.* 8. §. *si quis.* D. Mol. *lib.* 1. *cap.* 4. *nn.* 6. *&* 7. Casan. *cons.* 4. *n.* 294.

(38) D. Valenz. *cons.* 97. *n.* 84. D. Crespí *observ.* 22. *n.* 63. D. Mol. *lib.* 3. *cap.* 5. *n.* 71. Ub. Add. Gutier. *cons.* 13. *sign. n.* 25.

(39) *Authent. de Hæred. ab int.* §. 1. *&* 2. *ff.* D. Cast. *lib.* 2. *cap.* 93. §. 18. *nn.* 3. *&* 4.

(40) Card. de Luc. *de Emphyt. disc.* 13. Paul. Cast. *lib.* 2. *cons.* 30. Gratian. *discept.* 295.

nes, en quien se radicase la succesion; y femenina à la que tuvo principio en hembra con respeto à su origen, y conformandose con la disposicion de derecho. (41)

16. Lejos de manifestar tampoco las demás clausulas haverse inclinado à la agnacion nuestros Fundadores, se encuentran no presunciones, sino evidencias à favor de la regularidad; siendo en algunas tan patente, que à no incidir en un error intolerable, ò legal absurdo, no es verosimil el empeño de persuadirla: Evacuado el llamamiento de Pedro Ortiz su hijo segundo, invitaron à Alfonso Ortiz n.4. *è despues de sus dias al fijo mayor varon, que de él quedare legitimo ; è de legitimo matrimonio nascido*: (42) En su defecto à Gonzalo Ortiz de Astúñiga n. 5. Posteriormente à el *hijo de éste*, *è los otros descendientes de el mayor legitimos, è de legitimo matrimonio nascidos* : (43) substituyendo en iguales terminos, y segun el orden que denotan las siguientes clausulas, sin alguna expecial diferencia à Sancho, Fernando, y Juan *num.* 6. 7. y 8., sus hijos mayores, *è los otros descendientes.* (44)

17. Aunque no transcienden semejantes llamamientos de el hijo, y nieto de los instituidos, no admite duda, que deben conceptuarse lineales, y consiguientemente extensivos à todos los varones, y hembras, que de ellos proviniesen en qualquiera linea, donde se radicase la succesion: (45) se halla actualmente en la de D. Juan, que fue el septimo de sus hijos; y para invitar à la de Iñigo, se explicaron en la forma siguiente: *è si el dicho Juan Ortiz fallesciere sin dejar fijo varon, ò otro descendiente por la linea dicha de los varones, en la manera que dicha es, que haya los dichos bienes por el dicho titulo de Mayorazgo Iñigo Ortiz* n. 9. *nuestro octavo fijo* (46).

18. Fielmente hemos copiado la misma clausula, como que la dificultad pende, à el parecer, de su inteligencia, respecto de ser la linea actual, y efectiva, en que, como hija de el ultimo poseedor, existe la Marquesa de Monte-fuerte, de la que pretende extraher el Marques de la Motilla el Mayorazgo, figurandose artificioso agnado de Doña Leonor Ortiz, que se dice ser la de el *num.* 10. y D.Juan de Guzman, aparentando descender por hembra de el primer hijo de los Fundadores: es cierto que el hijo, ò otro descendiente de Juan Ortiz ha de ser por la lineal de los varones, ò masculina : ¿pero podrá acaso negarse que la Marquesa de Monte-fuerte existe adornada de este requisito?

19. Demuestra la material inspeccion de el Arbol, que desciende de el mismo Juan Ortiz *n.* 8. sin que medie otra hembra: ¿no seria pues herror intolerable, controvertir su llamamien-

(41) D.Greg. Lop. *in leg.2. tit.* 6. *part.*4. verbo *linea de parentesco.* Rox. *de incomp. p.* 1. *cap.* 6. §. 23. *à n.* 326.

(42) Mem. n. 10.

(43) Mem. n. 11.

(44) Mem.nn.12. 13. y 14.

(45) D. Cast. *lib.* 5. *cap.*92. *n.* 5. D. Mol.*lib.* 1. *cap.* 4.*n.*13. Rox. *de incomp. cap.* 4. *n.* 28.

(46) Mem. nn. 14. y 15.

to, ni dudar haver llegado el caso de succeder, siendo hija de el ultimo poseedor, y hallandose el Mayorazgo radicado en su linea? Los Autores indistintamente aseguran ser los de igual clase comprensivos de varones, y hembras, aun permitiendo en los anteriores la agnacion, que entonces conceptúan limitada à ciertas personas, y grados, ò comparativa, esto es, entre los varones de cada linea, contradiciendo el que salga de la que una vez consigió disfrutarle, aunque solo reste una hembra, en quien como descendiente por la masculina se verifica tambien la qualidad de agnada. (47)

(47) D. Valenz. *cons.* 97. *n.* 93. Torr. *de Major. p.* 1. *cap.* 137. *n.* 2. Pereg. *de fideic. art.* 29. *n.* 14. Mant. *de conject. lib.* 8. *tit.* 11. *n.* 1.

20. Tampoco se nos oculta, que posteriormente añadieron los Fundadores, *en la manera que dicha es*, ni que esta relacion identifica las clausulas comparadas, trasladando la referida à la referente, como si en ella estuviese escrita (48); pero si en las precedentes no se encuentra la menor seña, ò leve indicio de agnacion; si sus llamamientos, que en algunas se restringieron à el hijo, ò nieto, sin hacer mencion de sus descendientes (49), ni dar providencia sobre el modo con que debian succeder, es preciso conceptuarles lineales, extensivos à los varones, y hembras (50); ¿será acaso tolerable el empeño de establecer en la linea de Don Juan la irregularidad, para excluir à la Marquesa de Monte-fuerte? ¿Qué importa insinuasen nuestros Fundadores à su hijo varon, ù otro descendiente por la linea de los varones? Era indispensable, que à la voz *descendiente*, huviesen añadido la de *varon*: De otra suerte, la linea de varones, ò masculina, aunque se denote, puede verificarse en qualquiera Mayorazgo regular, una vez que en él ha de succeder el hijo, nieto, ò visnieto varones, prefiriendo à las hembras, interin permanezca su linea, que es la masculina, conforme à el orden lineal, y derecho de sangre (51).

(48) D. Cast. *lib.* 3. *cap.* 15. *n.* 38. D. Mol. *lib.* 3. *cap.* 5. *nn.* 64. & 65.

(49) Mem. nn. 10. 12. y 14.

(50) *Ex sup. trad. sub n.* 9. AA. *quoq. cit. inn.* 22.

(51) Peg. *de Majorat. tom.* 2. *cap.* 10. *n.* 39. & 14. *n.* 100. Paz *de tenut. cap.* 34. *n.* 18. D. Cast. *lib.* 4. *cap.* 50. *nn.* 20. & 35.

21. ¿De qué servirá en este caso, el que por efecto de la relacion se entiendan repetidas? No sería dificil, si el argumento no careciese de eficacia, demonstrar, que la qualidad consiguiente à un llamamiento, y en la misma clausula en que se instituye una linea, ò cierto numero de personas, se entiende limitada, y ceñida à aquellas, à cuya continuacion se ordenó, à no estar colocada en otra, que subsistiendo por sí, pueda considerarse puesta como regla transcendental à toda la disposicion (52); pero existiendo estas objecciones, y otras de igual naturaleza, obiamente prevenidas, es ocioso, è inutil detenernos, por pasar à el examen de las que es mas verosimil, se exciten al abrigo de las restantes clausulas, adaptandoles acaso alguna inteligencia no poco repugnante.

(52) *Ex leg. regul.* 8. §. *fin. de jur. & fact. ign.* Add. ad Molin. *lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 7. versic. *ad vero.*

22.

22. Procurará sin embargo el Marques de la Motilla fundar su inclusion, esforzando el llamamiento, que contiene la novena à favor de Doña Leonor Ortíz, sus hijos, y nietos varones, proponiendose como su agnado artificioso: No hay duda, que éstos, y los provenientes de las demás hijas de los Fundadores, están invitados à la succesion en su tiempo, y caso, pendiendo la dificultad al parecer insuperable, de que verifique el Marques haver llegado en la actual vacante: Antes de substituir sus lineas, pusieron en la condicion defectiva à las de sus ocho hijos en esta forma: *E si todos los dichos nuestros fijos fallescieren, sin dexar fijo varon, ò otro descendiente por la dicha linea, como dicho es, (lo que à Dios non plega) que haya los bienes Doña Leonor* (53).

23. Pero si en las anteriores instituciones se ha persuadido con solidez hallarse comprendidos varones, y hembras, ¿no ha de reputarse violento, que la condicion las excluya? (54) Sus expresiones no lo manifiestan, antes bien su amplitud virtualmente las incluye: Si los Fundadores excitaron, ò no en la linea de Doña Leonor la agnacion artificiosa, es una disputa absolutamente inconducente, é inoportuna: Aunque resistida por derecho, no tiene repugnancia en lo legal, la redugesen à tan estrechos limites, sin embargo de no haverla establecido en la que formaron sus ocho hijos, preamando toda su descendencia: La agnacion, como odiosa, puede limitarse à determinadas lineas cierto numero de personas, ò grados (55), y no es extraño, la circunscribiesen à las de sus quatro hijas.

24. Prescindiendo de esta especie, sobre que de intento se omite mas reflexivo examen, basta indicar, que en el interin permanezca descendiente de las lineas que formaron los hijos, no ha llegado el caso de las ulteriores substituciones: De este requisito se halla adornada la Marquesa de Monte-fuerte, à quien tampoco puede controvertirse serlo por la linea masculina, que formó Don Juan *n.* 8, y aun agnada (56): Ni en apoyo de su llamamiento, è inclusion se conceptúa dificultad insuperable llegar à persuadir, que quando huviesen apetecido la agnacion nuestros Fundadores en las de sus ocho hijos, debia ceñirse, y limitarse à los nietos, segun el literal contexto de las clausulas: Tal es el odio con que se mira en el derecho, que la entienden cohartada los Autores, y sin otra transcendiencia que à los sugetos expresamente designados, siempre que literalmente no se instituyen todos los descendientes varones de varones (57).

25. Afianzase mas eficazmente este aserto, siempre que como en nuestro caso, existen llamadas las hembras en alguna parte

(53) Mem. n. 16.

(54) Casan. *cons.* 4. *n.* 194. Anton. Fab. *de errorib. decis.* 28. *error.* 8. *n.* 16. ibi *cum enim multo minus sit possitum esse in conditione, quam in dispositione.*

(55) D. Valenz. *Cons.* 97. *n.* 57. ibi. *Benè se compatitur, quod respectu quarumdam personarum habeatur ratio agnationis, & non respectu aliarum.* D. Rox. de Alm. *disp.* 1. *tit.* 1. *n.* 94.

(56) D. Valenz. *Cons.* 97. *n* 93. ibi. *Et quando in descendentibus admiteremus considerationem lineæ masculinæ, verificata manebat in* D. Agnete *Matre Marquionis.* *Glos. &* DD. *in leg. Gal.* §. *nunc* ff. *de liber. & posth.* *Tom. Gramm. decis.* 63. *nn.* 1. & 2. D. Rox. de Alm. 3. *p. q.* 1. §. 3. *n.* 77. Fajard. *de Subbast. q.* 348. *n.* 8. Torres *p.* 1. *cap.* 137. *n.* 2.

(57) Ros. *Cons.* 69. *n.* 24. Car. Ant. de Luc. *de lin. leg. art.* 10. *n.* 5. ibi *linea limitatæ agnationis, quando non simpliciter & absolutè causa conservandæ in perpetuum, sed fuit limitata vocatio ad certas lineas personas, vel gradus, vel ad certum tempus.*

(58)
Mem. n. 16.
(59)
Mem. n. 8.
(60)
Dom. Mol. *de Primog. lib.* 3. *cap.* 5. *nn.* 25. 29.& 50. Gutier. *cons.* 13. *n.* 23. Valenz. *dict. cons.* 97. *n.* 128.
(61)
Socin. *cons.* 13. *n.* 26. *volum.* 3. ibi. *Si quæratur , cur variæ in personis descendentium intelligi debeat dispositio, considerando masculinitatem in nepotibus,& non in ulterioribus , responderi potest , quod Testator considerando descendentiam, & posteritatem suam , nolluit semper masculos admiti , exclusis fœminis ; sed primum illud requisivit in filiis, & nepotibus.* Valenz. *dict. cons.* 97. *à n.* 98.
(62)
Mem. n. 21.
(63)
Ex leg. cum avus ff. de condit. & demonst. glos. & interp.
(64)
Ex sup. trad. n. 9.
(65)
Casan. *cons.* 4. *n.* 194. Fab. *de errorib. dec.* 28. *n.* 16.
(66)
Ex sup. trad. n. 10.
(67)
Reg. Sesè. *decis.* 412. *per tot. & præsertim à n.* 15. 19. *&* 2. *Optimè* Ram. *cons.* 20. *nn.* 153. 245. *cum plurib.*

te de la disposicion, segun lo está Doña Leonor (58): Fue Fundadora con su Marido Doña Mencia (59); y no se hallan las descendientes expresamente excluidas (60): Entonces, por mas que quiera esforzarse la irregularidad de el Mayorazgo, aunque los llamamientos sean los mas expresivos, debe el concepto de agnacion cohartarse à los hijos, y nietos unicamente expresados, y no transcender à los demás, sin que de esta variedad, ò diferencia, respecto de sus descendientes, pueda exigirse de los Testadores otra razon, que la de su voluntad, y libre arbitrio para disponer (61).

26. Contra unas reflexiones tan convincentes, y demonstrativas de la regular succesion de este Mayorazgo, no obstante el modo, y forma con que están concebidos sus llamamientos, la aptitud, y capacidad de sus expresiones à concebir varones, y hembras, es muy verosimil se oponga, que sin embargo de no hallarse excluidas en la directa institucion de los hijos, tiene igual virtud, y eficacia la condicion, à que se refiere la clausula catorce: Ibi: *E si lo que Dios non quiera, todos los nuestros fijos, è fijas fallescieren sin dexar fijos varones, queremos, y mandamos::::* (62), pues en semejante general condicion, siempre que à la voz de hijos se añada la qualidad de masculos, regularmente se limita la extension à las hembras (63); pero si en el llamamiento directo, y formal, la expresion de hijos varones no produce otro efecto, que su preferencia en igual grado, y linea (64), ¿por qué ha de lograr superior eficacia la condicional substitucion, de modo, que precisamente haya de excluirlas? (65)

27. Es tambien muy diverso, querer inducir un llamamiento en la condicion negativa, ò que ésta destruya, y desvanezca el anterior: La Marquesa de Monte-fuerte no intenta persuadir, que pueda aplicarse al genero femenino, y comprenderle baxo su significado, sino presuponiendo la institucion, no ser capaz de contraherla, y limitarla al masculino: Los Autores, que afirman, que en la referida condicion, *si sine liberis masculis decesserit*, no se incluyen las hembras, sostienen tambien, que si expresa, ò virtualmente se hallan comprendidas en los anteriores llamamientos, como lo están en nuestro caso (66), no puede privarselas de la succesion, ni preferirlas los varones mas remotos, que en fuerza de ella existen posteriormente substituidos (67).

28. Desvanecido este reparo, resta todavia otra dificultad, à que procuraremos satisfacer inmediatamente, por excitarla el contexto de la misma clausula: En defecto de los hijos varones, fue la voluntad de los Fundadores, *que haya los dichos bienes de*

Ma-

Mayorazgo la fija mayor legitima, è de legitimo matrimonio nascida, que quedáre de el dicho Diego Ortíz nuestro fijo, è despues de su vida, el fijo mayor varon legitimo, è de legitimo matrimonio nascido, ò el nieto varon que de ella quedáre, por la linea derecha de los varones (68): De su contexto inferirán Don Juan de Guzman, y el Marques de la Motilla, que teniendo las hembras posterior, y discretivo llamamiento, no podian estar comprendidas en el anterior, por mas expresivos, y aptos à incluirlas, que fuesen los precedentes, siendo repugnante que fuesen instituidas, è igualmente substituidas en un mismo tiempo, y lugar, y aun respecto de una succesion, resultando tambien el absurdo, de que se entendiesen substituidas en defecto de sí mismas (69).

(68) Mem. dicho n. 21.

(69) D. Rox. *disp.* 1. *q.* 1. §. 3. *ex n.* 82. D. Greg. Lop. *in leg.* 3. *tit.* 13. *p.* 6. *glos.* 2. D. Larr. *decis.* 54. *n.* 17. Casan. *cons.* 4. *n.* 307.

29. Este es el punto centrico de la dificultad, y el argumento que se conceptuará acaso sin respuesta: Su examen exige el que atentamente se mediten las expresiones, con que nuestros Fundadores invitaron à la hija mayor legitima de Diego Ortíz, despues su hijo varon, ò el nieto por la linea de los varones, sin olvidar el modo con que se explicaron en la siguiente clausula: Ibi: *E si de el dicho Diego Ortíz, ò de la dicha su fija no quedáre fija, ni otro descendiente alguno, queremos que haya los dichos bienes la fija mayor de Pedro Ortíz, ò de cada uno de los otros nuestros fijos, ò fijas, todavia dando logar los menores al mayor, y las mugeres al varon, donde los hoviere* (70).

(70) Mem. n. 22.

30. Auxiliados de las mismas clausulas, y comun doctrina de los Autores evidenciaremos, que la Marquesa de Monte-fuerte no se incluye en la vocacion discretiva, bien que sería indiferente; y que haviendo caducado ésta por defecto de la condicion, carece tambien de él Don Juan de Guzman, sin que puedan, aun con violencia, inferirle de la referida clausula catorce: Si consiguiesemos el intento, como lo esperamos, no solo quedará destruida la propuesta objecion, sino que permaneciendo con todo su vigor, y fuerza lo expuesto en apoyo de el incontrovertible derecho que promovemos, se verá éste constituido en la dura precision, de buscar su llamamiento en las anteriores; asintiendo con el Marques de la Motilla, en que hasta ahora no ha llegado su caso, y tiempo de succeder.

31. A fin de que la institucion discretiva logre la virtud, y eficacia, que es verosimil se la atribuya, es indispensable que sea general, y absoluta de las hembras en comun, ò que expresamente se dirija à las personas que se suponen asistidas de anterior llamamiento: No es otro el sentido en que proceden los Autores (71); pero quando es limitado, y se ciñe à determina-

(71) Torres. *de Majorat. p.* 3. *cap.* 37. *n.* 42. *latè* Sesé *decis.* 412. *ex n.* 38. D. Mol. *lib.* 3. *cap.* 5. *n.* 55.

da

da persona, ésta, y sus descendientes serán los unicamente comprendidos en aquel llamamiento, siempre que subsista, y no haya caducado; y no las que pretenden tenerle anterior, y le deducen de otras diversas clausulas (72): En nuestro caso, segun la literal expresion de que usaron los Fundadores en la catorce, y quince, solo deben estimarse invitadas las hijas de primer grado, y sus descendientes varones, à las que restringieron el llamamiento discretivo; asi lo denota su contexto ibi, *la fija mayor legitima, que quedáre de el dicho Diego Ortíz nuestro fijo* (73), y se convence de la expresion de *hija mayor*, con la diccion taxativa referente à la persona de Don Diego, que califica haver tomado el origen, y principio de estas lineas en el primer grado (74); de que se infiere, que las nietas, y demás hembras procedentes de los ocho hijos, no están comprendidas en la vocacion discretiva, pero sí en las anteriores (75).

32. Preciso sería en diverso concepto, asentir à su perpetua exclusion, è incidir en el absurdo, de que las hijas de primer grado, prefiriesen à las de el hijo mayor predilecto, y expecificamente instituido (76); de modo, que para evitarle, aunque à la discretiva se diese la virtud de excluir à las que tenian precedente llamamiento, solo podria cohonestarse en el caso de que los Fundadores huviesen apetecido la agnacion, de que nos hallamos muy distantes; pues de lo contrario, nunca puede bastar una debil congetura para inferirla, extendiendo de uno à otro irregularidad tan odiosa, y que no son suficientes à establecerla las mas urgentes (77).

33. Preveemos, sin embargo, que oponiendose Don Juan de Guzman, y el Marques de la Motilla al pensamiento de restringir la substitucion discretiva, que comprende la clausula catorce, à las hijas de el primer grado de los hijos de los instituentes, serán infinitas las especies, y consideraciones que podrán formar, auxiliados de el derecho de representacion en orden à una succesion perpetua como la de esta clase: Idearán persuadir, que en aquella condicion defectiva, y en la discretiva, no solamente se incluyen sus personas, sino tambien toda su descendiencia, respecto de que qualquiera llamamiento, ò substitucion debe entenderse lineal, y extensivo, sin limitarle à la que para el ingreso se designa.

34. Pero distinguiendo los casos, y circunstancias en que procede el argumento, se reconocerá su debilidad, è ineficacia: Son muy ovios, y generales los principios en que se apoya, sujetos por lo mismo à no pocas limitaciones que impiden, puedan

(72) Velon. *cons.* 1. *n* 116. ibi: *Quambis enim Testator fecisset diferientiam inter filios, & filias ipsius, non tamen fecisse censetur inter filios, & filias filiorum.* Decian. *resp.* 1. *volum.* 2. *à n.* 198.

(73) Mem. n. 21.

(74) D. Castilll. *lib.* 5. *cap.* 92. *n.* 19. Casan. *cons.* 23. *n.* 8. Torres. *p.* 2. *q.* 7. *ex n.* 12. Fusar. *de substit. q.* 345. *n.* 7.

(75) Luc. *de fideicom. decis.* 14. *n.* 23. D. Castill. *lib.* 5. *cap.* 95. *n.* 41.

(76) Id. Luc. *decis.* 25. *n.* 17. Palma Nepos *aleg.* 921. *n.* 83.

(77) Mantic. *de conject. lib.* 11. *tit.* 14. *n.* 20. Reg. Leo. *decis.* 1. *lib.* 3. *n.* 102.

dan contraherse à nuestro caso: El principal, ò unico objeto de la representacion, no es el favor, ò beneficio de los succesores (78): Unicamente se dirige, à que se conserve la perpetuidad, à que terminan las fundaciones: No es otro su natural, y propio egercicio, y por lo mismo se extingue à los primeros pasos en qualquiera succesion *abintestato*, respecto à los transversales (79), ni es diversa la causa de que proviene, que dificilmente se admita en los fideicomisos de Aragon, siendo tan peculiar, y adequada à los Mayorazgos de Castilla (80); ¿pues si en el dia es ociosa semejante extension para sobstener la perpetuidad, será acaso tolerable, que prescindiendo de éste, que debe ser el unico fin, se perjudique con ella à una hembra de la linea de posesion, qual es la Marquesa de Monte-fuerte?

35. Despues de un serio, y reflexivo examen de el derecho de representacion, y teniendo muy presente su virtud, y eficacia, afirma el Señor D. Juan de el Castillo, contrayendo su doctrina à un caso no disimil de el nuestro, que unicamente deberán incluirse los nietos, ò nietas en el llamamiento dado à los hijos, ò hijas, siempre que sea indispensable, y no se descubra otro medio de conservar la perpetuidad de la succesion; pero si estuviese asegurada, y la controversia solamente se sufre sobre la preferencia entre las lineas, es consiguiente se restrinja à su literal, propio, y rigoroso significado, sin que transcienda à los descendientes, si huviese de ceder en perjuicio de la linea de posesion, y sus individuos (81).

36. Defiende bajo de este invariable supuesto la preferencia de las hijas de el ultimo poseedor en competencia de los descendientes de diversa linea, aunque auxiliados de el llamamiento prevenido à favor de las hijas en defecto de varones (82); entendiendole personal, y restricto à los de el primer grado, à quienes se dirigió, y no trascendental à sus descendiencias; pues aunque la substitucion les franqueé derecho de succeder, se coharta à el caso, de que falten personas en la linea posesoria, y de ningun modo para preferirlas (83); de suerte que aunque en distinto caso parece que tal vez se inclina à la inclusion de los descendientes de la hija llamada, procede bajo de el concepto de no haverse radicado en alguna de las lineas la poseson, y tratar indistintamente los Colitigantes de que tenga ingreso la suya; pero contra la posesoria, y los suyos à vista de las notorias, y legales prerrogativas que les asisten, sobstiene en qualquiera evento su preferencia, esforzando con solidéz la resticcion de aquel llamamiento.

(78) AA. *inf. cit. sub n.* 81.

(79) D. Mol. *lib.* 3. *cap.* 7. *n.* 11. D. Rox. *decis.* 2. *q.* 11. *n.* 22.

(80) Sesé *decis.* 64. *n.* 19. & *decis.* 254. *n.* 4.

(81) D. Castill. *lib.* 5. *cap.* 92. *n.* 21. & 22. ibi: *Id tamen intelligi debet, quando nepotum, & cæterorum descendentium comprensio est necesaria ad conservationem majoratus, ejusque perpetuitatem :::: Cæterum quando ipsa perpetuitas in tuto remaneat, neç de ejus conservatione agatur, sed prelatione inter filias ipsas institutoris, quibus pronomen posesivum conveniat cum filiabus ultimi posesoris, atque ita vel una, vel altera succedat, tunc enim verbum filii filiæ, vel filiorum suam retinet, ac conservat naturam, & propriétatem, nec alteratur, aut quovis modo extenditur.*

(82) Id. D. Cast. *ubi sup. n.* 58. Versic. *imò.*

(83) Id. D. Castill. *ubi sup. eod. n.* 58. ibi: *Sed nec jure representationis admitti possunt, &c.*

(84) D. Larr. *decis.* 54.

37. Fue de igual dictamen el Señor Larrea en una de sus decisiones Granatenses (84): el caso que propone es tan identico que no se distingue de el que motiva la actual controversia: en primer lugar llamaron aquellos Fundadores à sus hijos varones: por su defecto instituyeron à las hijas, y los suyos con la calidad de varones; y à falta de éstos invitaron à las hijas de los hijos anteriormente llamados: disputó el Mayorazgo el nieto de una de éstas, fundando, que la substitucion dada à sus hijos debia comprenderle, lo que se impugnaba, sosteniendo que atendidas las circunstancias, era indispensable se restringiese, y limitase à los del primer grado: sin embargo declaró la Chancilleria no estar incluído; y satisfaciendo el Autor à los medios, ù argumentos de que se valia, expone serian atendibles, siempre que se tratase de conservar la perpetuidad; pero de ningun modo, quando se ventila la preferencia entre las lineas, extendiendola en perjuicio de la posesoria, y de los que como incluidos en ella, tenian derecho de succeder (85).

(85) D. Larr. *decis.* 54. *sub n.* 13. ibi: *Nec poterit elidi ratio, quia sub illa conditione, si filia sine filio masculo decesserit, debeat nepos masculus intelligi juxta suprad. n.* 3. *quia id procedit ad sustinendam majoratus succesionem, ne deficiat; & n.* 24. ibi: *Ulterius secundo fundamento contrario, ut in filiorum appellatione considerantur nepotes in majoratibus, responderi potest, quia ultra ea quæ sup. notabimus, in filiorum appellatione non possunt comprendi; etiam nota ut quoties non agitur de perpetuitate, sed de preferentia inter descendentes, & lineas, tum filius propriè accipitur nec ad nepotum extenditur.*

38. Resiste tambien la ilimitada extension de los llamamientos, si precisamente no se dirige à sobstener la perpetuidad de el mismo Mayorazgo, como su principal, ò unico objeto aquella constante, y sólida regla, que consiste, en que su amplitud solo procede, y se tolera, si de algun modo puede considerarse favorable, y no odiosa, ò perjudicial (86): Verdad es, que la comprension de los nietos en el llamamiento de los hijos les es util, y beneficiosa; asi como el restringirle lo es tambien con respeto à todos los que se interesan; pero es muy diverso el metodo, que ha de dirigir el discurso, à fin de graduar en semejante caso lo odioso, ò favorable, pues está desde luego patente que el beneficio de unos redundará en perjuicio de los demas (87).

(86) Casan. *cons.* 58. *n.* 17. Torr. *de Major. tom.* 2. *q.* 19. *n.* 42. D. Mol. *lib.* 1. *c.* 6. *n.* 27. Surd. *tom.* 3. *cons.* 403. *n.* 36.

(87) D. Rox. de Alm. *decis.* 1. *q.* 6. *n.* 5.

39. El medio pues mas juicioso, y proporcionado, para que en semejantes casos pueda sin equivocacion inferirse, pende de el examen de la misma extension que se procura, y si la resisten, ò no las reglasde derecho, adaptables à el asunto: procediendo bajo de este seguro concepto, notará el menos perspicaz, ser indispensable se repute odiosisima, siempre que, como actualmente sucede, lejos de ser necesaria à fin de conservar la perpetuidad de el litigioso Mayorazgo, diametralmente se opone à los elementales principios de la materia, que generalmente protege la linea de posesion perjudicando sus legales prerogativas (88).

(88) Mier. *de Major. p.* 2. *q.* 6. *n.* 506. ibi: *Item omnis recessus à jure communi est odiosus.* D. Mol. *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 23. Rox. de Alm. *decis.* 1. *q.* 6. *n.* 17.

40. Aun permitiendo sin perjuicio de la verdad la extension de el llamamiento dicretivo à todas las hembras descendientes de los ocho hijos de los Fundadores en defecto de los varones que ex-

expecificaron, y en el que procurará incluirse D. Juan de Guzman, le obstaria su caducidad, no haviendose verificado el implemento de la condicion: Se instituyó à la hija de Diego Ortiz para el unico caso de que éste, y sus hermanos falleciesen sin dejar hijos varones;(89) y como la dispuesta, y ordenada en uno absolutamente carece de exercicio en otro contrario, se infiere legalmente que no haviendo faltado los hijos, y descendientes varones de aquellos, antes bien permanecido el dilatado espacio de tantos años, no está purificada; y por lo mismo caducó aquel llamamiento, y los ulteriores, sin que los que, como D. Juan de Guzman, intenten comprenderse en ellos, puedan lograr ingreso à la succesion (90); à no auxiliarse de el general, que induce la Ley à favor de la familia de el Fundador, à fin de conservar la perpetuidad de el Mayorazgo.

41. Esta opinion, que fundan los Autores en el célebre Consejo 21. de Oldrado, suelen cohartarla algunos de nuestros Regnicolas à los fideicomisos temporales, exponiendo que en los Mayorazgos, como perpetuos, aunque falte la condicion de morir el llamado sin hijos, no espira la substitucion, ni el gravamen, entendiendose aquella reiterada en todos los ulteriores grados (91): Sin embargo siempre que, como se advierte en la clausula catorce, se encuentra añadida la qualidad de varones à la condicion de morir sin hijos, resuelven que caducó; si falleciesen con hijos varones los primeros gravados (92): La razon en que consiste la diferencia, se cifra, en que no obstante ser indispensable à la conservacion, y perpetuidad de el Mayorazgo, se supla, y conceptúe repetida la condicion de la deficiencia sin hijos en todos los descendientes de el instituido, no lo es à el efecto, antes bien violenta, y repugnante la inteligencia, y repeticion de la calidad de varones en los demas grados: Y asi no verificandose su defecto en el primero, tampoco, aunque despues falten, debe tener ingreso el substituido (93).

42. Se ha decretado sin otro fundamento à favor de la hija de el ultimo poseedor en los Senados mas respetables de diversos Reynos, cuyas Leyes protegen menos à las mugeres, suponiendo haver caducado semejante llamamiento (94): aun en casos mas estrechos, quales son el de el dispositivo de varones, y negativo de hembras, repugna el transito al de la linea mas remota en competencia de la de posesion, (95) sobre que podrian enun-

(89) Mem. n. 21.

(90) Torr. *p.* 2. *q.* 16. *n.* 12. Gam. *decis.* 355. *n.* 7. D. Cast. *lib.* 5. *c.* 119. *n.* 9. ibi: *Quoniam majoratus institutio, aut quævis dispositio sub conditione facta deficiente, ubsque adeo deficit, ut prima vocatione, aut substitutione ex illius defectu integra totius vinculi structura corruat, cœteræque institutiones pereant.* Caved. *decis.* 288. Socin. *cons.* 4. *n.* 20. *volum.* 3. Surd. *decis.* 239. *n.* 10.

(91) Add. ad D. Mol. *lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 16. *cum plur. ib. cit.*

(92) Id. D. Mol. *lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 26. Mald. *in adiction. n.* 18. D. Cast. *lib.* 5. *cap.* 89. *n.* 14. & 117. *n.* 31. Casan. *consil.* 15. *à n.* 32. Sesé *decis.* 246. *n.* 13. Gam. *decis.* 355. *n.* 5. Peg. *cap.* 5. *n.* 445.

(93) D. Mol. *lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 16. ibi: *Substitutio facta alicui conditione, si* deceserit sine filiis masculis, *deficit stantibus liberis masculis tempore mortis, quidquid postea de liberis contingat.* Casan. *cons.* 22. *per tot.* Peg. *resol. forens. t.* 1. *c.* 4. *n.* 35. & *de Major. t.* 1. *c.* 5. *n.* 586. Val. *cons.* 106. *n.* 28.

(94) Ex Gamm. *decis.* 355. *n.* 8. & *seq.* ibi: *Cum igitur constet primum filium testatoris mortuum esse relictis filiis, sequitur quod evanuit substitutio primi filii, & per consequens defecerunt omnes substitutiones de descendentibus hujus filii.*

(95) Caved. *decis.* 208. *per tot.* Bertas. *cons* 69. *n.* 8. *lib.* 1. Menoch. *cum plurib. cons.* 83. *n.* 48. Pereg. *de fideic. art.* 29. *sign. n.* 36.

enunciarse diferentes Autores, que con solidez fundan, debe entenderse la célebre opinion de Oldrado en qualesquiera disposiciones succesivas, graduales, y perpetuas, aun quando se dirigen à conservar la agnacion, prescindiendo de que à la voz de *hijos* se añada, ò no la qualidad de *masculos*, (96) como que respecto de las temporales apenas merecia aprecio la duda, ni su resolucion huviera sido tan notable, y generalmente admitida con aplauso de los Doctores, y Tribunales.

(96) Alex. *cons.* 133. *lib.* 6. Socin. Jun. *volum.* 3. *cons.* 4. *n.* 20. Surd. *decis.* 239. *n.* 10. Pereg. *ub. sup. n.* 38. Casan. *cons.* 2. *n.* 31.

43. Instarán acaso los Colitigantes, insinuando que esta doctrina debe sin embargo limitarse repecto de los Mayorazgos de España, à los que indistintamente adquiere un incontrovertible derecho toda la familia de los Fundadores; pero la generalidad de la objecion manifiesta su ineficacia: el que se estime haver caducado el llamamiento, no se opone à que se conserve la perpetuidad (97), ni impide el que aquellas personas comprendidas en él puedan succeder, no en virtud de la misma substitucion, sino es por el que en su caso, y tiempo induce la Ley à fin de sobstenerla, sirviendo de norte la disposicion de los instituentes: segun el orden que prescribieron entre las lineas, y demas señas, que de su afecto, è inclinacion nos dejaron impresas en sus palabras (98).

(97) *Ex sup. trad. à n.* 40.

(98) D. Cast. *lib.* 5. *cap.* 91. *n.* 69. versu *sit itaque primus casus.*

44. Demonstrada la debilidad de semejantes ovices, queda indisputable la regular succesion de el litigioso Mayorazgo, y consiguientemente fundado el claro derecho de la Marquesa de Monte-fuerte en la actual vacante de el que en las clausulas quince, y diez y seis se hallan pruebas mas convincentes: En defecto de los hijos varones de las hijas de Diego Ortiz, que fue el primeramente invitado, añadieron los Fundadores ser su voluntad, *succediese la fija mayor de Pedro Ortíz, ò cada uno de los otros nuestros fijos, ò fijas todavia dando logar los menores al mayor, y las mugeres al varon, donde los oviere*: (99) esta competencia de mayoría, y sexo no puede verificarse en los Mayorazgos de qualidad, en que las hembras solo tienen ingreso, faltando los varones; (100) de modo que no siendo voluntaria la duda, es dificil encontrar definicion mas propia de la regularidad, que la que se reconoce impresa en la propuesta clausula, y necesariamente se induce de la preferencia de el mayor al menor, y del varon à la hembra (101).

(99) Mem. n. 22.

(100) D. Rox. de Alm. *d.* 1. *q.* 1. §. 5. *n.* 135. Mier. *p.* 2. *q.* 6. *n.* 191. & *seqq.*

(101) D. Rox. *disp.* 1. *q.* 1. *n.* 7. D. Mol. *lib.* 2. *cap.* 17. *n.* 1. Luc. *de fideic. decis.* 210. *n.* 8. Peg. *res. for. cap.* 4. *n.* 202.

45. La réplica que puede hacerse, se reduce, à que no tiene repugnancia, sea en estas lineas regular el Mayorazgo, y en las anteriores de qualidad; pero clara, y abiertamente resiste el pensamiento la diccion *todavia*, de que usaron los Fundadores, que

que como equivale al adverbio *adhuc*, è igualmente corresponde à la palabra *etiam* (102), denota, y explica continuacion, repitiendo lo procedentemente dispuesto; de suerte, que no siendo posible admitir esta preferencia en los descendientes de las hijas de los Fundadores, ni en los de las hijas de sus hijos, una vez que literalmente previnieron, fuesen varones por la linea de varones (103), que al parecer denotan haver en éstas apetecido la agnacion artificiosa (104); es preciso asentir, à que en las que formaron los ocho hijos, se hallaban instituidas las hembras, compitiendo solamente en su caso la mayoria, y sexo.

(102) Barb. *dec.* 9. *n.* 1. Rubiñ. addict. ad Neb. *verbo todavia.*

(103) Mem. n. 16. usq. ad 22.

(104) *Ex sup. trad. n.* 23.

46. Confirma este pensamiento la clausula, en que nuestros Fundadores llamaron à la hija mayor de su hermano Pedro Ortíz, Veintiquatro que fue de Sevilla, ibi: *E si lo que Dios no quiera, todo el linage de los descendientes se atajáre, y fallesciere en manera, que no hoviere descendiente de nos por la linea de los varones, ni de las mugeres, queremos* :::::: (105) Vease aqui puestos en la condicion defectiva todos los descendientes varones, y hembras; luego si en las anteriores lineas se huviese de considerar de agnacion rigorosa, ò artificiosa, si efectivamente no existiesen anteriormente invitadas en su lugar, y grado las hembras, incidiriamos indispensablemente en el intolerable absurdo de que se considerase instituida la hija de el hermano del Fundador, antes que sus descendientes (106).

(105) Mem. n. 23.

(106) Gom. *var. resol. tom.* 1. *cap.* 5. *n.* 32. *ex leg. Cum acutissimè ff. de fideic. & leg. cum avus de condit. & demonst.*

47. Convengamos, pues, en que de la regularidad de el Mayorazgo litigioso, atendido el actual estado de la familia, son tan indefectibles las pruebas, que no permiten arbitrio para resistir el convencimiento: A fin de estimarle de agnacion, era indispensable huviesen explicado su voluntad à conservarla, ò que el orden de los llamamientos descubriese haver sido este su animo, è intencion: No fue otra la que manifestaron en el Proemio, que la de que permaneciese su honra, la de su linage, y descendientes, cuyas expresiones incluyen varones, y hembras (107), con que es preciso recurrir para inferir la qualidad à otro motivo capaz de producir unas conjeturas tan vehementes, è induvitadas, que no admitan diversa inteligencia: No basta à el efecto el reiterado llamamiento de varones (108), que tampoco se verifica, haviendose ceñido los Fundadores al hijo, ò nieto varon de cada uno de sus ocho hijos: A este fin sería preciso huviesen prevenido, succediesen los varones de varones, y no hembras, ò que llamasen siempre varones descendientes por linea masculina: ex-

(107) *Ex sup. trad. n.* 7.

(108) Lar. *de vit. homin. cap.* 30. *n.* 82. D. Valenz. *d. cons.* 97. *n.* 10. D. Mol. ejusq. Add. *lib.* 3. *cap.* 5. *n.* 71.

presiones que no se encuentran en las ocho primeras clausulas comprensivas de sus llamamientos (109), y unicamente se advierte alguna consonancia con estas formulas inductivas de la agnacion, à lo menos artificiosa en las ulteriores, à favor de sus hijas, è hijos varones de éstas por linea de varones (110).

(109) Mem. n. 8. al 16.

(110) Mem. n. 16. usq. al 22.

48. Este es un discurso tan sencillo, que basta una leve consideracion para conocer su solidez: El llamamiento de la Marquesa de Monte-fuerte, y su inclusion en la actual vacante, apenas puede controvertirse sin censura: Su exclusion debería reputarse odiosisima, restringiendose à fin de evitarla, aun el sentido, è inteligencia de qualquiera clausula, capaz de inducirla como diametralmente opuesta à la Ley, que à el efecto exige palabras claras, y terminantes (111): Que el Fundador, al tiempo de coordinar los llamamientos, y distribuir las lineas, pospusiese tal vez las propias hijas en concurrencia de los nietos, no se halla resistido por reglas establecidas en la succesion de los Mayorazgos; pero una vez radicada en alguna, absolutamente repugna se excluyan las hembras, que comprende (112): La Marquesa de Monte-fuerte se halla en la linea de posesion, y esto basta en competencia de el Marques de la Motilla, y Don Juan de Guzman, que tratan de dar ingreso à las suyas, y acaso deducirán algun debil argumento, de que nuestros Fundadores pospusiesen las hijas de sus hijos, en concurrencia de los hijos varones de sus hijas, pero con la desgracia de existir previamente desvanecido, à vista de la diferencia que versa de nuestro caso à el en que todos los Colitigantes proceden de lineas, en que no se huviese radicado la succesion (113): Tan atendible es la prerrogativa de la posesion auxiliada de la Ley, y de la costumbre general de España, y uniforme doctrina de los Autores, que indistintamente opinan à favor de la hija de el ultimo Poseedor en terminos mas estrechos (114), fundando con solidez, que la exclusion de las hembras es odiosisima, irracional, y aun contraria à los principios de la naturaleza, equidad, y justicia; debiendo en tal caso interpretarse à su favor qualesquiera dudas, conjeturas, y argumentos, y aun despreciarse, à fin de no perjudicarlas, siempre que expresa, y literalmente no se las excluya (115).

(111) *Lei* 13. *tit.* 7. *lib.* 5. D. Mol. *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 18.

(112) Rox. *de incomp. p.* 1. *cap.* 6. *per tot.* & *p.* 5. *cap.* 4. *n.* 22. ub. Aguil.

(113) *Ex trad.* à D. Mol. *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 20. ibi: *Nihilominus tamen.*

(114) Add. ad D. Mol. *lib.* 3. *cap.* 5. *n.* 72. Torr. *de Majorat. tom.* 1. *cap.* 12. *n.* 57. D. Cast. *lib.* 5. *cap.* 42. *nn.* 46. & 54. Palm. nepos *alleg.* 93. *in princip.* versic. *quem quidem* D. Vel. *disert.* 46. *per tot.*

(115) D. Rox. de Alm. *q.* 1. §. 1. *n.* 10. & 11. Valenz. *cons.* 92. *n.* 216. *cum sup. citato.*

49. No necesita la Marquesa violentar las clausulas, para persuadir su incontrovertible derecho; su mismo contesto servirá de convencimiento infalible à el mas preocupado: Sin embar-

bargo, no es facil se oculte à la superior perspicacia de el Consejo, que hasta aqui hemos procedido; presuponiendo sin mas examen, que la Fundacion de el litigioso Mayorazgo se halla fielmente inserta en la que se apellida Original Executoria, y produjo con su demanda el Marques de la Motilla: Asintió igualmente sin reparo D. Juan de Guzman, persuadidos ambos, de que sus expresiones indican la irregularidad yà desvanecida, bien que admira, que como fundamento de su intencion, haviendo presentado en el progreso de el juicio antiquisimos documentos, à costa de exquisitas diligencias, no hayan inquirido alguna, cuya legitimidad evitase qualquiera escrupulo: Se ha tolerado no obstante su certeza, por un efecto de nuestra sinceridad, y buena fé, muy confiados de que la justicia que promovemos, no exige otro auxilio estraño, siempre que imparcialmente se medite; pero à los ilustrados Ministros que deben decidir el asunto, no es desconocida la accidental variedad que padecen las copias, y que quando se comparan para inferir su verdadera inteligencia, no solo las clausulas, sino aun las voces, silabas, y acentos, qualquiera leve mutacion es capaz de alterar el sentido (116): Sin necesidad de exforzar semejante reparo, cree la Marquesa de Monte-fuerte no poder competir su claro derecho al Mayorazgo los Colitigantes, aunque fuese cierto, y constante el entronque que con el Fundador proponen; y sin concederle, se ha permitido tambien en este Articulo, unicamente por dar mas lato campo à la disputa; punto que sin embargo requiere, el que atentamente se examine, manifestando en el siguiente con evidencia, que lejos de acreditarle los documentos de que se valen, es tal su implicacion, que será imposible subsanen los defectos, que su material inspeccion ofrece.

(116) *Ex inf. trad. à n. 14[?] art. 2.*

ARTICULO II.

LEJOS DE ACREDITAR DON JUAN DE Guzman, y el Marques de la Motilla nn. 47. *y* 50. *la filiacion, y enlace con los Fundadores de el litigioso Mayorazgo, segun lo ha executado sin necesidad la Marquesa de Monte-fuerte* n. 48. *califica su repugnancia el mismo contesto de los documentos, que han producido en el progreso de el juicio.*

1. NO basta en los litigios de esta clase indicar el parentesco, delineandole arbitrariamente, es indispensable, que como fundamento de la intencion de qualquiera Colitigante, que intenta persuadir le asiste derecho à el Mayorazgo, demuestre hallarse adornado de semejante requisito, sin que de lo contrario sea facil que obtenga (1): Ni es suficiente proponer con generalidad la justificacion, sino que ha de ser clara, y expecifica de grado en grado: Si se omitiese comprobar alguno de quantos constituyen la linea, hasta llegar à la raiz, ò tronco de quien se procura deribar, claudica absolutamente el supuesto enlace, destruyendose aquella precisa conexion, que entre sí deben conservar (2).

2. La Marquesa de Monte-fuerte, à quien no se disputa la qualidad de hija de el ultimo Poseedor, ni que su primero, y segundo Abuelo disfrutaron el controvertido Mayorazgo (3), podria haverse considerado esenta de tan penosa obligacion, como mas propia, y peculiar de los que con el vano apoyo de un figurado entronque pretenden extraherle de su linea: Sin embargo, inspirada de su buena fé, ha producido varios documentos, que legalmente convencen su ascendencia delineada en el Arbol, hasta Don Juan Ortiz de Zuñiga *n.* 8. septimo hijo de los Fundadores: No la contradijo el Marques de la Motilla, comprendiendo sin duda ser notoria, è indubitable, pero en el Alegato de bien probado de Don Juan de Guzman, se opusieron algunos reparos (4), cuya devilidad demuestran las mismas futiles reflexiones, de que se vale para exforzarlos.

3. Dimanan principalmente de un error muy material, y

(1) *Ex leg. quidam reffe- runt ff. de jur. Codicil.* D. Cast. *lib.* 5. *Cont. cap.* 122. *& seq. à n.* 1. Nog. *à leg.* 25. *n.* 290.

(2) *Ley* 2. *tit.* 6. *p.* 4. ubi D. Greg. Lop. D. Cast. *ubi sup.*

(3) Mem. nn. 29. 196. 198. & 203.

(4) Mem. num. 30.

y tal vez afectado: Desde el Visabuelo de la Marquesa Don Juan Ortiz de Zuñiga *n.* 38. usaron siempre sus ascendientes los nombres de *Juan*, y *Diego*, poniendo comunmente à el nieto el de su respectivo Abuelo (5): Las consortes de Don Diego *n.* 16. su hijo Don Juan *n.* 22. y el visnieto *n.* 32. tuvieron tambien el de Leonor, siendo el apellido de las de estos dos el de *Alcazar*, bien que se distinguió la ultima, llamandose *Doña Leonor Luisa* (6): Confundiendo Guzman los instrumentos que corresponden à cada grado, deduce varias consequencias impertinentes, de que verosimilmente provino la omision advertida en el Arbol, con las demás equivocaciones que se notaron, y procuró subsanar el Marques de Nevares, y Monte-fuerte en su ultimo escrito (7).

(5) Vease el Arbol.

(6) Mem. nn. 86. 87. 91. & 92. 94. & 95.

(7) *Pieza corr. fol. ult.*

4. Ofuscado acaso con la identidad de sus nombres, y de los dos apellidos, no reflexionó las circunstancias que diversifican las personas; y aunque las fechas de los mismos documentos manifiestan à quién debe aplicarse cada uno, infiere de ellas la repugnancia, que solo consiste en la alteracion, con que impropiamente se adapta el contesto de los que, refiriendose à un sugeto, se atribuyen à otro diverso (8): Su mera narrativa persuade eficazmente la certeza de este presupuesto, suficiente à desvanecer quantos óvices propone à el enlace de la Marquesa, aun sin necesidad de expecificarlos; pero no obstante conceptuamos, no será estraño insinuar algunos de los que se gradúan mas esenciales.

(8) Mem. nn. 86. 87. 91. & 92.

5. Estima Guzman diminuta la justificacion, que ha suministrado hasta Don Juan Ortiz de Zuñiga *n.* 32. añadiendo ser inaplicables los Testamentos que califican su filiacion; y à la verdad, segun el metodo con que los pone à la vista el Memorial impreso, tiene al parecer algun aparente viso: Ocioso es detenernos hasta Don Diego Ortiz de Zuñiga *n.* 35. hijo de Don Juan Ortiz *n.* 32. y Doña Leonor Luisa de el Alcazar, segun lo declaró en su Testamento (9), pero si el de ésta, que erroneamente se colocó, equivocandola con Doña Leonor de el Alcazar *n.* 22. en comprobacion de el grado septimo (10), se huviera extendido consiguiente à el quinto donde correspondia, podria haverse evitado la nota que indica la identidad,

(9) Mem. n. 86.

(10) Mem. n. 92. y 94.

sien-

(11) Mem. n. 87.

(12) Mem. dicho n. 92.

(13) Mem. n. 91.

(14) Mem. n. 95.

(15) D. Cast. *p.* 5. *Cont. c.* 104. *n.* 12. Tomas *de legitim. tit.* 13. *cap.* 7. *n.* 349. Paschal. *de Viriu. patr. potest. p.* 2. *c.* 2. *n.* 16.

(16) Mem. n. 83.

(17) Mem. n. *prox. cit.*

siendo tan diversas (11): Testó Doña Leonor Luisa de el Alcazar, viviendo Don Juan *n.* 32. en 31. de Mayo de 1637. è instituyó herederos à sus dos hijos Don Diego *n.* 35. y no el 29. segun se dice, y Doña Bernarda de Zuñiga (12): Otorgó el de su Marido Doña Leonor Alcazar, en virtud de Poder, siendo ya viuda el año de 1603. y haciendo mencion de la menor edad de sus cinco hijos, à quienes havia distribuido la herencia, pidió, y logró se le discerniese la tutela, y curaduría de sus personas, y bienes (13).

6. Doña Leonor de Mendoza y Tous, legitima consorte de Don Diego Ortiz de Avellaneda *n.* 16. otorgó tambien su Testamento con fecha de 15. de Diciembre de 1598. haciendo mencion de Don Juan *n.* 22. y Don Felix de Zuñiga sus hijos (14): Vease aqui una demonstracion evidente de la absoluta diversidad de las tres Leonores, que al mismo tiempo sirve de eficaz, y concluyente prueba de sus matrimonios, y succesion, corroborada con las declaraciones testamentarias, cuyo merito en lo legal es bien notorio (15), aun sin recurrir à el que igualmente producen otras diferentes, capaces de desvanecer la ponderada implicacion que Guzman les opone: Son no menos despreciables las demás objeciones hasta Don Juan de Zuñiga *n.* 22. principalmente reflexionando el Testamento de el Visabuelo de la Marquesa *n.* 38. su fecha 22. de Noviembre de 1713. nombró entre otros hijos à Don Joseph Ortiz de Zuñiga *n.* 41. expresando ser su inmediato succesor à los Mayorazgos, que fundaron los referidos Don Juan de Zuñiga Avellaneda *n.* 22. y Doña Leonor del Alcazar (16), à los que agregaba el Titulo de Marques de Monte-fuerte, que dice haverle dispensado la benignidad de el Soberano (17).

7. Comprueban los restantes grados hasta enlazar con el Fundador varios instrumentos, que merecen otro concepto que el de simples enunciativas: el unico reparo, que insinúa D. Juan de Guzman, podria ser eficaz, si no claudicase en el supuesto: deduce la falsedad de la Escritura, que en 19. de Junio de 1529. otorgó Doña Maria Ponce à favor de su yerno Diego Ortiz de Avellaneda *n.* 16. hijo de Juan Ortiz de Zuñiga, y Doña Juana de Avellaneda

da *n.* 8. de que las capitulaciones matrimoniales de estos suenan celebradas el año de 1599. tiempo en que no existian (18); pero esta es una equivocacion intolerable, emanada de que se protocolizaron entonces (19); lo que es muy diverso, y nada repugnante, que recelando el estravio, ò pérdida de qualquiera instrumento antiguo se practique muchos años despues para su seguridad semejante diligencia: lo cierto es haver afirmado el mismo Guzman en su Demanda, que la Marquesa desciende del septimo hijo de los Fundadores, (20) por quien tuvo ingreso su linea à la succesion de el controvertido Mayorazgo, sin que se descubra otro medio capaz de radicarse en ella; à lo que asiente el Marques de la Motilla (21): esto basta, para venir en conocimiento de el desprecio, que merecen las objecciones que aquel propone, aun precisdiendo de la completa justificacion que ha producido de el delineado enlace.

(18) Mem. n. 100.

(19) Mem. n. 99. ibi *que parecia se protocolaron en 26. de Febrero de dicho año de 1599.*

(20) Mem. n. 198.

(21) Mem. nn. 30. & 203.

8. Muy dificil será à sus Colitigantes, ò por mejor decir imposible, persuadir el suyo, sin embargo de la multitud de documentos de que se valen: lejos de proporcionar la claridad que en los asuntos de igual clase debe apetecerse, advertimos la repugnancia, è implicacion, que embuelven, sin que apenas haya grado à que no puedan oponerse diferentes reparos mas, ò menos esenciales: aun para reducirlos à compendio, es preciso incidir en una fastidiosa materialidad que se procurará evitar, refiriendonos à el Memorial Ajustado, è insinuando algunos, que acaso reconociendo su solidez, se conceptuará inutil fijar en los demas la atencion, comprendiendo ociosa su lectura: Descenderemos, pues, à el examen de la filiacion de D. Juan de Guzman *n.* 47. como que fue el primero que salió à el juicio.

9. Podrá tolerarse sin perjuicio de la verdad fue su Abuelo D. Juan Fernando de Guzman Ortiz de Zuñiga *n.* 40. como tambien que el D. Juan *n.* 37. y su consorte Doña Ines Bazán, tuvieron un hijo de este nombre: de semejantes extremos se hallan reiteradas enunciativas que lo convencen; ni dudamos que un D. Juan Fernando casó con Doña Josefa Porcel, segun lo persuade el testamento que otorgó ésta en virtud de su poder con fecha de 30. de Octubre de 1725. y el que posteriormente hizo por sí en 5.

de

de Diciembre de 1746. bien que no existiendo comprobados, tampoco seria estraño se graduase ineficaz su contexto (22): ¿Pero por ventura hay alguno, que siquiera indique, que el tal D.Juan Fernando *n.*40. marido de la citada Doña Josefa sea el que de igual nombre calificaron de hijo los del *n.* 37? No se encuentra en el inmenso cumulo de los que ha producido Guzman; antes bien se nota el acaso cauteloso descuido de haver omitido presentar la Partida de casamiento de el D. Juan Fernando, y Doña Josefa Porcel sus Abuelos, haviendolo egecutado de otras mas antiguas (23).

10. De que D. Juan de Guzman *n.* 31. fuese hijo de D. Fernando de Guzman, y Doña Isabel Mexía *n.* 24. tampoco se halla entre sus documentos mas que un leve indicio, deducido de la Partida de Baptismo que se le aplica, y se compulsó de el mamotreto de hojas sueltas sin coordinacion ni folios de la Parroquial de Santa Maria de Sevilla (24); pues, aunque se vale de el testamento, y codicilo de el citado D.Juan, y su consorte Doña Isabel Mexía, de que se hace merito en comprobacion de el grado quinto, no se advierte huviesen siquiera entonces indicado sus Padres (25): la declaracion que en el suyo hizo D. Sebastian *n.* 34. tampoco lo acredita, sin embargo de que enuncia otro D. Fernando de Guzman, à quien apellida hermano de el Mariscal D. Juan Ramirez, y su Tatarabuelo (diverso de el D.Fernando *n.* 24. y aun del que instituyó el Patronato) insinuando ser primo hermano de su Padre; (26) de suerte que en apoyo de el grado sexto, unicamente resta lo que con referencia à las pruebas de Habito certifica el Escrivano de Cámara de el Consejo de Ordenes, y no se ha comprobado (27).

11. ¿Serán acaso suficientes semejantes informaciones practicadas sin citacion? De ningun modo: Solo conducen à el efecto à que se dirigen, sin que puedan perjudicar à otro tercero, que no intervino, ni constituir prueba eficaz en juicio formal, y contencioso (28): verdad es, que tambien podrá recurrirse à el testamento, que con fecha de 16. de Marzo de 1621. otorgó una Doña Ines de Guzman, titulandose hija legitima de D. Diego, y Doña Ines de Guzman, (que tal vez querrá persuadirse ser los de el *n.* 18.

(22) Mem. nn. 36. & *seqq.* Vid. *q.p.c.f.* 207.212. & 227.

(23) Mem. n. 38.

(24) Mem. n. 50.

(25) Mem. nn.46.47. & 51.

(26) Mem. n. 53.

(27) *En el escrito fol.* 127. *de la p. c. pidió Guzman despacho para el cotejo de instrumentos, exceptuando las certificaciones de los Escribanos de Cámara del Consejo de Ordenes, y Chancillería de Granada, en que se insertan algunas, cuya comprobacion no consideró necesaria; sucediendo lo mismo respecto de otros, que todavia no ha devuelto.*

(28) D. Valenz. *cons.* 90. *n.* 115. ibi: *Nam cum processus prædicti sint informativi, nec debent fidem facere in aliis judiciis, nec virtute illorum reputari bona, aut mala descendentia quoad alia tribunalia.* Escov. *de purit. sang. q.* 13. §. 2. *à* n. 16.

18) ò de la Escritura de Poder à favor de su sobrino D. Juan de Zuñiga para el cobro de ciertas rentas, y tributos de el Marques del Valle (29), pero su contexto denota clara, y distintamente la diversidad de las personas, ò ilegitimidad de estos documentos: Expresó Doña Ines haver elegido heredero de ciertas casas por una vida à D. Sebastian de Zuñiga, y Guzman, sobre que tenia con él pleyto pendiente, y queria se continuase hasta su final determinacion: (30) ¿Será acaso verosimil que el D. Sebastian *n.* 34. no haviendo todavia cumplido 7. años, segun demuestra su Partida de Baptismo (31), le huviese promovido, ò suscitado contra su tia, truncando la inteligencia de el nombramiento, y constituyendola en la dura necesidad de revocarle por su ingratitud?

(29) Mem. nn. 48. & *seqq.*

(30) Mem. dicho n. 48.

(31) Mem. nn. 44. y 48.

12. La variedad, que tambien se advierte respecto de las consortes de Don Juan *n.* 31. y Don Fernando *n.* 24. que conviniendo en el nombre de Isabel, y aun en el apellido de *Mexia* (32), se quiere distinguir à la de éste con el de *Chacon*, no obstante haver usado el de *Ulloa*, y la de aquel el de *Cardenas* (33), influye no poco à el desprecio de los testimonios, de que se intenta inferir la justificacion de estos grados (34), sobre que podria reflexionarse, manifestando la repugnancia, siempre que en los restantes no se notasen defectos mas visibles: ¿Qué importa se permita sin perjuicio de la verdad la filiacion de Don Don Diego *n.* 18. y aun su matrimonio con Doña Ines de Guzman, prescindiendo de la confusion que inducen los documentos en que se apoya, si será imposible calificar à Doña Mencia Ortiz de Zuñiga *n.* 14. nieta de los Fundadores? Que la consorte de Don Fernando Perez de Guzman fuese hija de un Diego de Zuñiga, y Doña Isabel Melgarejo, podría tolerarse por un efecto de mera condescendencia; pero que éste lo fuese de el Comendador Don Alonso *n.* 1. no tiene ni aun remota comprobacion en los Autos.

(32) *Vease el Arbol.*

(33) Mem. nn. 46. 51. y 58.

(34) Menoch. *lib.* 6. *præsump.* 15. *n.* 49. Mier. *de Majorat. p.* 2. *q.* 7. *n.* 97. Escov. *dict. q.* 16. §. 5. *n.* 8. & §. 2. *n.* 30.

13. Es cierto, que à la succesion de el Mayorazgo invitó à su Primogenito de este nombre (35); ¿pero podrá inferirse la identidad, quando, como fundamento de su intencion, incunve à Don Juan de Guzman el demonstrarla con evidencia? (36) Reconocidos los instrumentos

(35) Mem. n. 8.

(36) D. Valenz. *cons.* 77. n. 45. D. Cov. *in cap. Alma mater p.* 1. §. 1. Vers. *Tertia species.* Farinat. *in fragment. p.* 2. Vers. *Identitas n.* 9. Escov. *de purit. p.* 1. *q.* 16. §. 1. *per tot.* & *signantèr n.* 32.

con que intenta auxiliar los dós ultimos grados, sin hacer merito por inconducentes, y no comprobados de los que incluye la Certificacion de el Escribano de Cámara de Granada (37), notará el menos perspicaz la diametral oposicion de los demás, y repugnancia que embuelve su contesto, ya se cotegen entre sí, ò con otros de los que han producido los Colitigantes: Una Escritura, su fecha 5. de Noviembre de 1510. sirve al parecer de principal apoyo; suena en ella como otorgante, dando recibo, ò carta de pago de la herencia de Doña Elvira, y à favor de Gonzalo Suarez, Juan Ortiz de Astúñiga *n.* 8. en virtud de Poder de diferentes Interesados que enuncia (38), y à quienes sin duda, por convenir en los nombres de algunos de el Arbol, se les ponen sus respectivos numeros, solo para la mayor claridad, y sin que pueda afirmarse con certeza.

(37) Mem. n. 67. y sig. *vid. q. notam marg. sub n.* 27.

(38) Mem. n. 72.

14. El primero de los que se figura haver à el efecto constituido su Apoderado à Don Juan Ortiz *n.* 8. es Gonzalo de Zuñiga, *titulandose Señor de Ginés*, è hijo de los Fundadores (39): ¿Pues si este Pueblo con su jurisdiccion, mero mixto imperio, tributos, y pechos, se comprendió entre las principales fincas de el Mayorazgo litigioso (40), radicado entonces en la linea de Pedro Ortiz *n.* 3. (41), no está patente la inverosimilitud, y repugnancia de semejante documento? Se dirá acaso, que haviendose reservado el Comendador Alonso Ortiz, y su Consorte la facultad de acrescer, mudar, ò renovar el mismo Mayorazgo, segun les pareciese (42), no tiene violencia separasen *el lugar de Ginés*, aplicandole à su hijo Gonzalo *n.* 5. Es cierto, que en tal caso faltaria el supuesto, de que inducimos el reparo; pero siendo incontrovertible aquel absoluto arbitrio de los instituentes, podria tambien extenderse à variar las clausulas, llamamientos, y substituciones, prestando suficiente merito, para que dudemos de la Fundacion, con arreglo à lo que anteriormente hemos indicado, una vez que para extraher qualquiera de las fincas que incluye, y resulta, no disfrutaba entonces el Poseedor, fue indispensable modificarla, otorgando nuevo instrumento (43).

(39) *P.* 4. *f.* 89. *b.*

(40) *P. corr. f.* 13.

(41) Mem. nn. 28. 29. & 74.

(42) *P. corr. f.* 17. ibi: *pero reservamos à nos la facultad de acrescentar, mudar, è renovar este dicho Mayorazgo, è bienes de él, en la manera que bien visto nos fuese.*

(43) *Vid. sup. n.* 49. *art.* 1.

15. No será extraño de el asunto un dilema para la ma-

mayor claridad: ò el instrumento de que tratamos, se ha de estimar, ò no subsistente, y autentico: Qualquiera extremo que se elija, será poco favorable à los Colitigantes; si permitimos su legalidad, convence haverse alterado la Fundacion; una vez que Gonzalo *n.* 5. era dueño de el lugar de Ginés, finca de el Mayorazgo que disfrutaba la linea de Pedro *n.* 3. viviendo tambien Alonso *n.* 4. (44) que como invitado à la succesion con anterioridad (45), debia preferirle; y en tal caso, inutilmente habremos discurrido sobre la inteligencia de la inserta en la Executoria, que presentó el Marques de la Motilla (46); pero si como medio menos expuesto, se supone la ilegitimidad, è insubsistencia de el documento à vista de semejante inconsequencia, y otras que de mayor entidad incluye (47), absolutamente claudica el entronque de Don Juan de Guzman, y aun la debil enunciativa, de que el Marques de la Motilla intentará tal vez aprovecharse (48).

16. Prescindiendo de esta especie, que no consideramos inoportuna, se nota igualmente haver intervenido en aquel Poder Doña Mayor de Avellaneda, muger de Pedro Ortiz *n.* 3. à nombre de Juan, y Doña Maria sus hijos legitimos, sin hacer merito de Don Alonso *n.* 15. que tambien lo era (49), y como tal, no menos interesado en la herencia de Doña Elvira, si fuese la de el *n.* 13. Siguen despues *Doña Mencia de Zuñiga*, consorte de Don Rodrigo de Guzman, y otra *Doña Mencia* de Zuñiga, que se dice serlo de Don Hernando de Guzman *n.* 14. (50) de suerte, que aun quando se tolerase haver Don Diego Ortiz, y Doña Isabel Melgarejo *n.* 2. tenido una hija de este nombre, y apellido, justamente podria dudarse quál era de las dos, y siendo la primera, enteramente claudicaría el figurado enlace: Le otorgó asimismo Doña Leonor de Saavedra, como hija de Doña Leonor de Zuñiga, y Alonso Fernandez de Santillan *n.* 10. (51) no obstante la implicacion que se nota, reflexionado el Testamento que à éste se atribuye, su fecha 20. de Abril de 1479. y de que se vale el Marques de la Motilla en apoyo de su filiacion, sin hacer merito de mas hijos, ni instituir otro heredero, que à Don Fernando Fernandez de Santillan (52), lo que seria inverosimil, siempre que lo fuese la insinuada Doña Leonor de Saavedra (53).

(44) Mem. dicho nn. 28. & 29. & 72.

(45) Mem. nn. 10. 11. & 12.

(46) Mem. n. 28.

(47) *Ex inf. trad. n* 16. *y* 17.

(48) *V. inf. n.* 32.

(49) Mem. n. 72.

(50) Mem. dicho n. 72.

(51) Mem. dicho n. 72.

(52) Mem. n. 188.

(53) *Glos. in cap. transmissæ qui filii sint legitimi:* Escov. *de purit. p.* 2. *q.* 6. §. 1. *n.* 21. Pascal. *de virib. pat. potest. p.* 2. *cap.* 2. *n.* 43.

Re-

17 Repugna no menos, que con fecha de 5. de Noviembre de 1510. que es la de esta Escritura, percibiese Don Juan de Astúñiga *n.* 8. la parte de el caudal, ò herencia de Doña Elvira (54), quando en el anterior mes de Junio de el mismo año, vendió la suerte de el Olivar, que le havia correspondido, à Francisco de las Casas, lo que igualmente egecutó su hermana Doña Juana de Leiva (55); de modo, que tan reiteradas implicaciones, y otras que de intento se omiten, manifiestan ser absolutamente despreciable el documento, con que inutilmente se procura acreditar la filiacion de Doña Mencia de Zuñiga *n.* 14. aunque se intente auxiliar con el que posteriormente otorgaron algunos de los comprendidos en el Poder, para revocarle, y conferirle de nuevo à Juan Lopez de Padilla (56), siendo asi que en éste suena como tal *Doña Elvira de Zuñiga*, muger de Don Rodrigo Ponce de Leon, no haviendo en aquel intervenido, à no ser que la *Doña Elvira de Melgarejo*, consorte que se dice de Don Rodrigo de Leon, sea la misma, no obstante persuadir lo contrario la diversidad de sus apellidos en dos instrumentos dirigidos à un fin, y en tan corta intermision, como es la de dos años no cumplidos (57).

(54) Mem. n. 72.

(55) Mem. n. 102. & seq.

(56) Mem. n. 73.

(57) Mem. dicho nn. 72. y 73.

18. Quando el Primogenito de los Fundadores Diego Ortiz de Zuñiga huviese tenido por hija à Doña Mencia Ortiz *n.* 14. seria muy verosimil la enunciase el Auto de Posesion, que de el referido Mayorazgo parece tomó su hermano Pedro Ortiz *n.* 3. el año de 1584. quando ni aun omitió el motivo, por qué le pertenecia (58): Se infiere, pues, que el primer llamado murió sin hijos, segun lo expresó con fecha de 5. de Marzo de 1599. Don Pedro Ortiz de Zuñiga *n.* 27. en el juicio de Tenuta, de que informa la Executoria Original, que exhibió el Marques de la Motilla (59): Fue tambien uno de los Colitigantes en aquel litigio Don Alonso Ortiz de Zuñiga, y Figueroa, à cuya instancia el año de 1600. parece se protocolizó el referido Auto de Posesion (60); de que puede deducirse, que à su presencia se vertió la especie, de que Diego Ortiz *n.* 2. no dexó hijos que le succediesen, sin que conste haverse contradicho.

(58) Mem. n. 74.

(59) Mem. n. 28.

(60) Mem. n. 74.

19. Iguales, sino mayores defectos padece la filiacion de

de el Marques de la Motilla : Ocioso es detenernos en los que se conceptúan generales , y tan patentes , que basta à convencerlos la material inspeccion de el Memorial Ajustado , y objecciones que insinuó Don Juan de Guzman à el tiempo que se cotejaron los documentos que produjo (61) : Omitiremos por lo mismo , sin perjuicio de la verdad , notar los óvices que se consideran menos esenciales, permitiendo su enlace hasta Don Francisco Fernandez de Santillan *n.* 33. à quien se figura hijo de Don Alonso Fernandez Santillan , y Doña Luisa Faxardo *n.* 30. El Testamento de éste , su fecha 27. de Agosto de 1566. refiere sus tres hijos Don Rodrigo , y Don Alonso Santillan , *D. Francisco Marmolejo*, y el posthumo , ò posthuma que diese à luz su consorte (62) : Como su contexto destruye absolutamente la justificacion de este grado , ideó persuadir el Marques ser Don Francisco Fernandez Santillan *n.* 33. el mismo que se enuncia con el apellido de *Marmolejo* , presentando à el efecto testimonio de cierta informacion , que suena practicada el año de 1602.

(61) Mem. nn. 108. 123. 160.hasta el 166.181. 193. y 195.

(62) Mem. n. 124.

20. Dos cosas se intentaron acreditar entonces , contra lo que literalmente resulta del insinuado Testamento: Que Doña Luisa Faxardo , quando murió su Marido Don Alonso *n.* 30. no quedó en cinta ; y que en su niñez se apellidó *Marmolejo* el referido Don Francisco : Lo contextaron asi de propio conocimiento los tres testigos que se examinaron , añadiendo , se hallaba en posesion de el Mayorazgo de sus Padres (63) ; de modo , que no parece, sino que la informacion se concibió previendo el reparo: Aun la fecha es no poco notable , pues cotejada con la de la Executoria expedida en 31. de Enero de 1601. en cuyo juicio de Tenuta fue tambien parte el mismo D.Francisco *n.* 33. apenas havian transcursado 16. meses (64): Seria tal vez su objeto precaverle para lo succesivo , è instruir igual demanda por sí , ò sus succesores , esperando mejor suceso con tan debil auxilio.

(63) Mem. n. 131.

(64) Mem. nn. 21. y 131.

21. Asi lo ha executado el Marques de la Motilla, bien que con la desgracia , de que el contexto de las deposiciones arguye no leve sospecha : Fueron los testigos dos Criadas , y un Primo de el insinuado Don Francisco (65) , circunstancias que los constituian inadmisibles por

(65) Mem. eod. n. 131.

de-

derecho, sobre un acto que no debe conceptuarse domestico, ni de dificil prueba, sino público, y notorio (66), respecto de que siendo cierto, no solamente podria afirmarlo todo el Pueblo, sino que instrumentalmente constaría; ya fuese en la division de bienes con sus hermanos Don Rodrigo, y Don Alonso, para la que como mayores, debió preceder su fallecimiento, ò en la posesion que se supone, tomó de el Mayorazgo (67): Sus edades tampoco excedian de 43. à 60. años, pero sin embargo, afirmaron haverle visto nacer (68), en lo que se nota bastante repugnancia: Si el año de 1566. fecha de el Testamento de Don Alonso *n.* 30. es preciso consideremos ya con algunos à el Don Francisco Marmolejo su hijo, no era facil que à ser el mismo Don Francisco Santillan *n.* 33. huviese presenciado su nacimiento el testigo, que el de 1602. solo tenia 43. años, quando apenas llegaría à 5. en el de el otorgamiento de aquel instrumento.

(66) *Ex leg. testes* 24. & *leg. idonei* 6. *ff. de testib.* Gom. *lib.* 3. *var. cap.* 12. *n.* 15. Ciriac. *cont.* 219. & 409. D. Vela *disert.* 39. *nn.* 10. & 69.

(67) Mem. n. 127.

(68) Mem. dicho n. 131.

22. Estas, y otras equivocaciones, è inconsequencias que de intento se omiten, enteramente destituyen de fé, y credito la informacion, presumiendose sospechosa en lo civil, para lo que son suficientes las congeturas, aunque extrinsecas, emanadas de verosimiles fundamentos (69): Lejos de desvanecerlas el cotejo practicado en el termino probatorio, pueden esforzarse à vista de la irregularidad de que la huviese solicitado un Julian Gonzalez, sin tener el mas leve interes en el asunto, ni constar de legitimo Poder que le calificase parte; deduciendose haverse tal vez ingerido en el Protocolo, segun expuso entonces Guzman con suficientes fundamentos (70): A la verdad, no puede menos de causar admiracion el que se idease justificar, que Doña Luisa Faxardo no quedó embarazada, quando el posthumo, como menor, no podia impedirle la succesion de el Mayorazgo de su Padre; y aun mucho mas el que si Don Francisco Santillan fuese el mismo *Marmolejo*, se recurriese por un estraño à el extraordinario medio de la informacion, para desterrar sin fruto el apellido que se intenta persuadir usó en su niñez, quando ya se le distinguia con otro (71), y era muy facil justificarlo entonces, y ahora con instrumentos, si fuese cierto.

(69) Noguer. *aleg.* 25. *n.* 145. Ciriac. *tom.* 1. *contr.* 62. *n.* 30. Farin. *decis.* 152. *n.* 28.

(70) Mem. dict. n. 131. & 162.

(71) Mem. sup. cit. n. 131.

23. Declaró en su Testamento el insinuado D. Alon-

so

so *n.* 30. correspondian à su Primogenito Don Rodrigo los Vinculos que disfrutaba (72): sin que premuriesen éste, y Don Alonso su hermano, no podian recaer en D. Francisco Marmolejo; suponiendo, pues, que le poseyó Don Francisco Fernandez Santillan *n.* 33. se ofrece desde luego à la vista, que el modo mas eficaz, y concluyente de verificar la identidad que se figura, y consiste en acreditar semejantes extremos, es tan facil, que la omision de el Marques de la Motilla sobre este punto, sería suficiente à coadyubar la sospecha, quando de los expuestos óvices quisiera prescindirse (73): ¿Qué diremos advirtiendo, que pospone tan seguro convencimiento à el debil medio de la dispensa, que se refiere haver precedido à el matrimonio con Doña Beatriz Ponce, é informacion practicada à su consequencia?

(72) Mem. n. 127.

(73) *Ex doct.* D. Cresp. *observ.* 50. *vid.* Mascard. *tom.* 2. *concl.*745. *n.* 11. Farin. *q.* 158. *à n.* 191.

24. Para que mas facilmente se comprendiese lo que depusieron los testigos respecto de su ascendencia, se colocó en el Arbol, despues de concluido el Memorial Ajustado, segun indica una de sus notas (74): no consideramos pueda influir esta novedad en perjuicio de los Colitigantes, sin embargo de lo que al parecer se quiere persuadir con su aserto, no excediendo la edad de el mayor de 56. años; (75) extendiendose à afirmar, como notorios, diversos hechos ocurridos en el dilatado espacio de un siglo, con tal variedad, que à la consorte de Pedro de las Roelas (letra B.) le aplicaron hasta tres diferentes nombres (76): Se opusieron tambien à el tiempo de su cotejo repetidos óvices muy esenciales, que no ha podido desvanecer el Marques de la Motilla, como reconocerá el menos perspicaz, siempre que imparcialmente los compare; siendo tantos, sería sumamente prolijo individualizarlos, existiendo vertidos con suficiente claridad en el Memorial impreso, à que nos referimos (77): basta insinuar, que su fecha se halla enmendada con el aumento de 6. años, à fin de eludir sin duda las inconsequencias que de la primera podrian inducirse (78): No será, pues, violento que aseguremos libres de censura la falsedad civil de un documento tan sospechoso (79), ni que conceptuemos desvanecida la identidad de el Don Francisco Fernandez Santillan *n.* 33. de quien viviendo todavia el año de 1634. no era dificil haver

(74) *V. la nota de el Arbol al margen de la let. G.*

(75) Mem. num. 133.

(76) Mem. num. 148.

(77) Mem. n. 165. y 167.

(78) NOTA. *La fecha era del año 1577. quando D. Francisco Santillan solamente tendria once; y ocho Doña Beatriz, segun la edad que se atribuyeron entònces: Se enmendó, poniendo la de 1583. sobre cuyo reparo nada expuso el Marques de la Motilla.* Mem. nn. 133. 165. 169. y sig. hasta el 174.

(79) Gonz. *ad reg.* 8. *cancel. glos.* 64. *n.* 11. Noguer. *aleg.* 25. *n.* 157. D. Larr. *aleg.* 96. *n.* 27. Luca *de jud. disc.* 27. *n.* 23.

ver producido la Partida de su Bautismo, ni las de los dos matrimonios que se le atribuyen, y en que reiteradas veces constarian enunciados sus Padres (80).

(80) Mem. n. 122.

25. El grado septimo se halla igualmente destituido de comprobacion, pues aunque el Testamento de D. Alonso *n.* 30. enuncia, fueron sus Padres otro Don Alonso Fernandez Santillan, y Doña Beatriz Ponce de Leon *n.* 23. no se estima en lo legal prueba capaz de calificarle, aunque se auxilie con lo que vierte sobre el particular la informacion que precedió à la dispensa, cuyo desprecio se ha hecho patente (81): Si los Testamentos que de éstos se insertaron en el Testimonio de el Escribano Ochaita, se huvieran encontrado protocolizados para su cotejo, suspenderiamos el reparo; pero semejante defecto transcendental à todos los instrumentos concernientes à los ulteriores grados (82), demuestra el justo motivo con que se redarguyeron civilmente de falsos, constituyendo ineficaz, è insubsistente su contexto, y enervando su virtud privativa, como que en el termino que corresponde, no se ha subsanado (83).

(81) *Ex super. perp. n.* 23. *& seq.*

(82) Mem. nn. 177. 180. y 189.

(83) *Ex leg.* 115. *tit.* 18. *p.* 3. Pareja *de edit. inst. tit.* 1. *res.* 3. §. 2. *n.* 33. Noguer. *dict. aleg.* 25. *n.* 253.

26. Ni se justifica, que Don Alonso *n.* 23. fuese hijo de D. Fernando Fernandez de Santillan, y Doña Leonor Ponce de Leon *n.* 17. quando el Testamento de éstos civilmente redarguido se huviese cotejado (84), persuadiría, que tuvieron un hijo de el mismo nombre; pero sin que aun en tal caso constase por medio alguno, huviese casado con Doña Beatriz Ponce de Leon, antes bien verosimilmente se infiere lo contrario de la diversidad, con que en el juicio de Tenuta de el año de 1602. delineó D. Francisco Santillan *n.* 33. su entronque, figurandose nieto de la referida Doña Beatriz *nn.* 21. y 23. à quien propuso como hermana de Don Pedro Ortiz *n.* 19. Padre de el entonces ultimo Poseedor Don Luis *n.* 26. sin hacer merito de el enlace que actualmente propone, bien que destituidos ambos de fundamento (85).

(84) Mem. nn. 189. y 205.

(85) Mem. n. 28. *Vease la nota de el Arbol al n.* 50.

27. La filiacion de Don Fernando Santillan *n.* 17. carece tambien de legal apoyo: Asegura el Marques de la Motilla, fue hijo de Don Alonso Fernandez de Santillan, y Doña Leonor Ortiz de Zuñiga *n.* 10. y ésta de el Comendador, que no se duda tuvo una hija de el mismo nombre:

bre: dos son los instrumentos insertos en el testimonio que presentó, de los que se auxilia para justificar el entronque, pero con la desgracia de no haverse hallado registros para comprobarlos: (86) se reducen à las capitulaciones matrimoniales, que otorgaron en 11. de Enero de 1498. para el matrimonio, que se dice contrajo con Doña Leonor Ponce *n.* 17. y el testamento de Don Alonso *n.* 10. su fecha 20 de Abril de 1499. (87) pues, aunque igualmente recurre à el discurso genealogico de los Ortices de Sevilla, impreso en Cadiz el año de 1600. unicamente mereceria algun aprecio, siempre que por diverso rumbo se corrovorase, y no pudiese adaptarsele el concepto de mera narrativa puramente arbitraria en honor de aquellas familias, è incapaz de tener otro influjo en asuntos tan graves que el de indicar tal vez los documentos que incunve à el Colitigante producir, sujetandolos à la inspeccion de los demas, y à el examen de el Supremo Tribunal que ha de resolver el litigio (88).

28. Reflexionando sin embargo el contexto de los documentos, de los que unicamente podria conducir el testamento de Don Alonso *n.* 10. ofrece desde luego unas congeturas, è indicios tan vehementes de suposicion, que sobran para su desprecio en lo Civil: refiere los padres de Doña Leonor, consorte de el mismo Don Alonso ciertamente sin necesidad, y contra lo que con frequencia se advierte aun en nuestro siglo, omitiendo el Testador enunciar los suyos: Expresa despues haver tenido por su unico hijo à Don Fernando, à quien instituyó heredero, mejorandole en el tercio, y remanente de el quinto de sus bienes (89): Este sí que es un raro, y estraño modo de mejora seis años anterior à nuestras Leyes de Toro, promulgadas el año de 1505. (90) Verdad es, que las de Fuero, y estilo no impedian se legase el tercio à qualquiera de los hijos, pero el quinto regularmente era à favor de estraños (91); ni en aquel tiempo se conocia remanente, como que el funeral, graduandose en calidad de credito, se extrahia de el cumulo de la herencia con prelacion à qualesquiera otros (92), hasta que corrigiendo semejante metodo la Ley de Toro, previno se sacase de él con las demas mandas graciosas, y no de el cuerpo de la hacienda

(86) Mem. dicho n. 189.

(87) Mem. nn. 187. y sig.

(88) V. Parej. *de edit. tit.* 1. *res.* 3. §. 5. *à n.* 54. Menoch. *cons.* 112. *n.* 68. ibi: *Quia respondendum his historicis filiationem & descendentiam non probari ex Cronitiis.*

(89) Mem. n. 188.

(90) Burg. de Paz *in leg. Taur.* Mesa *Arte Historica, y Legal cap.* 11. *n.* 127. Mayans *Carta à el Autor de la Instituta civil, y real.*

(91) *Ley* 9. *tit.* 5. *lib.* 3. *fori* ibi: *Puedalos mejorar en la tercia parte de sus bienes, sin la quinta sobredicha que puedan dar por su alma, ò en otra parte: ley* 200. *Stil.*

(92) *Ex leg. penult. de relig. & sumpt. fun. Ley* 12. *tit.* 13. *p.* 1. ibi: *De los bienes de el muerto.* Avend. *in leg.* 3. *Taur. n.* 1.

(93) *Ley 30. Tauri.*

(94) Mem. dicho n. 188.

(95) *Ex glos. in cap. transmissæ qui filii sint legitimi.* Pascal. *de virib. pat. potest. p. 2. cap. 2. n.* 43. Escov. *de purit. p. 2. q.* 6. §. 1. *n.* 21.

(96) Paz *in leg.* 200. *Stil. n.* 30. D. Greg. Lop. *ad leg.* 8. *tit.* 4. *p.* 5. D. Mol. *de Mayor. lib.* 2. *cap.* 11. *n.* 3. *cum ibi citat.*

(97) D. Cresp. *Observat.* 23. *n.* 29. Barb. *vot.* 68. *n.* 7. Farin. *decis.* 152. *n.* 28. Ciriac. *cont.* 62. *n.* 30. D. Greg. Lop. *in leg.* 28. *tit.* 1. *p.* 7. *glos. Carta falsa vid.* Larr. & Nog. *ub. supra.*

(98) Mem. nn. 189. y 205.

(99) *Ley* 115. *tit.* 18. *p.* 3. ub. D. Greg. Lop. Farin. *ad* D. Covar. *cap.* 21. *pp. qq. n.* 32. Luc. *de judic. discurs;* 27. *n.* 3. Gratian. *cap.* 554. *n.* 38.

de el Testador, aunque dispusiese lo contrario (93).

29. Repugna tambien la mejora siendo hijo unico D. Fernando, como refiere el testamento, pues aunque añade la qualidad de varon, no consta otro alguno instituido heredero (94); de que resulta mas que vehemente congetura, ò por mejor decir evidente prueba exclusiva de la filiacion contra qualquiera que intentase persuadir ser su hermano (95): inutilmente bajo de este legal presupuesto se le prelegaria el tercio, y remanente de el quinto, correspondiendole, como legitima todos los bienes de el padre, que entonces segun el comun sentir de los Autores Regnicolas carecia de arbitrio para imponerle gravamen, respecto de que no egercia por este medio su liberalidad, ni manifestaba prediliccion, siempre que no lo egecutase por contrato entre vivos con inmediata entrega de los bienes, de lo que experimentaria algun beneficio, que es el solo caso, en que con arreglo à el uniforme dictamen de nuestros Escritores podria permitirse semejante mejora. (96.

30. De esta diametral oposicion, è insanables defectos, que se notan à los instrumentos insertos en el testimonio de el Escribano Ochaita, resultan verosimiles sospechas de su falsedad civil, suficientes para su desprecio, como que exceden las conjeturas, ò presunciones, que la persuaden, el numero, que à el efecto indican los Autores, ya sean intrinsecas, ò extrinsecas de el instrumento (97); con superior motivo à vista de la redarguicion al tiempo oportuno, y no haviendose comprobado en el termino probatorio (98): Preciso es que admire el descuido del Marques de la Motilla sobre este punto: El defecto de Registros, ò Protocolos no excluye los demas medios que admite el Derecho, y tiene reconocidos la práctica, y estilo de los Tribunales; aunque no bastaria la exhibicion de los que parece conserva, y à que se refiere el citado testimonio, debió acreditar la existencia de el Escribano originario, ante quien se otorgaron, y de el que verosimilmente no faltarian otros instrumentos coetaneos, con que hacer el cotejo, y comprobacion de sus firmas, corrovorando de algun modo la feé de los que hà producido (99).

31. La omision de tan óvios, y esenciales requisitos au-

aumenta considerablemente la sospecha, que desde luego inducia la existencia de los que se apellidan originales en su Archivo, sin que hasta ahora se hayan manifestado à los Colitigantes (100); Pues á el modo que suele apoyar el credito de qualquiera documento, el que se halle en oficio publico, disminuye su autoridad, siempre que se encuentra, ò sale de la mano de el mismo interesado, como actualmente sucede (101): Entonces, ni la antiguedad, que puede atribuirseles, es capaz de subsanar semejantes óvices, solamente suple tal vez los extrinsecos, pero no lo que es de sustancia de el acto, y sus intrinsecas solemnidades (102), mucho menos en las causas de gravedad, y que se trata de perjudicar à tercero, en las que à el efecto estima el Derecho insuficiente el transcurso del tiempo (103).

32. Tampoco se infiere lo antiguo de la material inspeccion de su fecha, siempre que no conste por diverso medio, que sea legitimo, como que no tiene violencia aparezca tal, siendo reciente (104); de modo que à fin de evitar los inconvenientes, que podrian originarse, figurando documentos, en que por notarse alguna consonancia se conceptuase veridico lo que realmente no lo fuese, es indispensable auxiliarlos con arreglo à lo que prescribe el Derecho, no mereciendo de lo contrario se les dé fé, ni que de su relato se haga en juicio el mas leve aprecio (105): contrayendo pues esta doctrina, aunque general à los testimonios producidos, notará desde luego el mas preocupado ser muy visibles sus defectos, y que inducen tan fundadas presunciones de la suposicion, que como suficientes en lo Civil para su desprecio (106), quedan absolutamente desnudos de justificacion los diferentes grados, que sin otro auxilio intenta acreditar el Marques de la Motilla, à quien le será imposible corrovorarlos, sin embargo de que preveemos, podrá tal vez valerse de algunos de los que ha producido Guzman, cuyas inconsequencias, è implicaciones se han demonstrado con solidéz (107), desvaneciendo la identidad de las personas, para lo que necesariamente han de intervenir circunstancias, que evidentemente la califiquen, con superior motivo en hechos antiguos, que es mas facil la equivocacion, confundiendose los sugetos, siem-

pre

(100) Luc. *de judic. disc.* 28. *à n.* 22. Parej. *de edit. inst. res.* 3. *à n.* 30.

(101) *Id.* Luc.& Par. *ub. sup.*

(102) Far. ad D. Cov. *c.* 21. *pp. n.* 28. Luc. *disc.*27. *de judic. n.* 3.

(103) Parej. *loc. sup. cit. n.* 75. §. 3. ubi *tertia limitatio æquè & securè procedit, quoties agitur de magno prejuditio, veluti auferendo majoratu.*

(104) Rot. per Put. *decis.* 186. *l.* 3. *n.* 2. ibi: *Quia quoties instrumentum esset antiquum, non probatur ex sola data, cum sub illa potuisset dari de novo.* Noguer. *aleg.*25. *n.* 255.

(105) *Conduc. trad. ab AA. proximè citat. n. præc.*

(106) Ex D. Larr. *aleg.* 96. *n.* 2. D. Cresp. *obs.*23. *n.* 29. Barb. *vot.* 68. *n.* 7. D. Lop. *in leg.* 28. *tit.* 1. *p.* 7. *glos. carta falsa.*

(107) *Sup. à n.* 14. *usq. ad* 18.

pre que à fin de evitarla, no se acredite alguna, que distinga los de un mismo nombre (108).

(108) *Ex leg. fals. demonstr. de condit. & demonstr.* Noguer. *aleg.* 26. *n.* 270. Loter. *de re benefit. lib.* 2. *q.* 11. *n.* 120.

33. ¿Será acaso violento, que como inmediata consequencia de lo expuesto, y à vista de unos reparos tan visibles, consideremos à Don Juan de Guzman, y al Marques de la Motilla, sin alguna conexion con nuestros Fundadores, no haviendoles sido posible superarlos? Dificil es tolere en tal caso con indiferencia el Marques de Nevares, disfrute persona estraña de la familia las fincas, que constituyeron el antiguo patrimonio de los ascendientes de su Consorte: A fin de evitarlo, se han insinuado las objecciones contra sus enlaces, no porque necesite semejante auxilio su incontrovertible derecho, ni merezca este Articulo el nombre, ò concepto de subsidiario, (voz que suele desacreditar la principal defensa) quando sin él podria obtener con el apoyo de las convincentes reflexiones que incluye el primero, aunque concebido bajo de el incierto presupuesto, de que fuesen legitimas, è indubitadas las filiaciones de sus Colitigantes.

34. Sirva de convencimiento una sucinta enumeracion de las principales especies, que comprende: Aun permitiendo la Fundacion, segun se advierte extendida, sin embargo de los ovices que hemos indicado (109), comprenderá el menos perspicaz ser regular el litigioso Mayorazgo, en el actual estado de la descendencia de los instituentes: La preferencia de edad, y sexo, que prescribieron en algunas clausulas, debe considerarse, como regla universal de la succesion, el mas propio carácter de la regularidad, principalmente quando se trata de un Mayorazgo, que erigieron acordes Marido, y Muger (110): El llamamiento de la Marquesa, como hija de el ultimo Poseedor, y de la linea que formó el septimo de sus hijos, es tan patente, como el haver llegado el caso de su egercicio (111): El discretivo à favor de la hija de Don Diego *n.* 2. tampoco puede servir de obstaculo, debiendo restringirse à las de el primer grado, haviendo tambien caducado el que pretenden inducir Don Juan de Guzman, y el Marques de la Motilla, por defecto de la condicion prevenida, è indispensable para su exito (112).

(109) *Vid. sup. trad. n.* 49. *art.* 1. & 15. *huj. art.*

(110) *Ex sup. refer. à n.* 6. *videq.* D. Mol. *lib.* 3. *cap.* 5. *à n.* 73.

(111) *Condic. sup. perp. à n.* 19. *art.* 1.

(112) *Vid. sup. assens. à n.* 27. & *seqq.* 40. & 41. *art.* 1.

35. Aunque los medios, de que para persuadirlo ha

usa

usado el Marques de Nevares, no llegasen à merecer el concepto de una demostracion evidente, rendirá qualquiera que los examine, su dictamen à su mayor probabilidad, bien que sería suficiente influyesen alguna dificultad, compitiendo su derecho unos varones remotos, que intentan extraher el Mayorazgo de la linea de posesion, cuya prerrogativa es tan atendible (113): Segun la maxima indistintamente adoptada por todos los Mayorazguistas, basta que sea moderada, para que en los litigios de esta clase se prefiera la hija de el ultimo Poseedor (114): No puede ser mas expresa sobre este particular la opinion de los Autores, ni mas llena de equidad, y solidez: De los tres casos que proponen, solamente siendo claro, expreso, è incapaz de controvertirse el derecho de el varon, permiten su preferencia (115), pero no en el juicio de Tenuta, exigiendo mas lato examen su discusion, siendo en el interin preciso, é indispensable se sobstenga, y ampare el derecho de la hija de el ultimo Poseedor, por mas debil, ò ligera que sea la duda (116): Son estas unas verdades, que no se han de estimar ociosas, y tan notorias, que à la mas singular penetracion le será muy dificil el empeño de obscurecerlas.

Asi espera lo estime el Consejo S. I. O. S. S. C. Madrid, y Abril 2. de 1780.

Lic. D. Francisco Fernandez de Ravago.

(113) Rox. *de incomp. p.* 1. *cap.* 6. *n.* 150. Mier. *p.* 2. *q.* 6. *n.* 20. & 23. Noguer. *aleg.* 25. *n.* 64.

(114) D. Mol. *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 41. Gutier. *lib.* 2. *q.* 87. *n.* 6. *cœterique sup. cit. AA.*

(115) D. Valenz. *cons.* 97. *n.* 74. ibi: *Et de tribus statibus quos potest sortiri mayoratus, primo claro in favorem feminarum, alio claro in favorem masculorum, & altero dubio; non potest masculus obtinere nisi in casu medio, certo, & indubitato.* D. Vel. *dis.* 49. *n.* 53. *cum plur.*

(116) D. Mol. *lib.* 3. *cap.* 4. *nn.* 37. & 41. Leg. Leo *decis.* 209. Rox. *de incomp. p.* 1. *cap.* 6. *n.* 150. D. Cast. *cont. lib.* 5. *cap.* 92. *n.* 53. Noguer. *aleg.* 25. *n.* 94. *cum AA. prox. citat.*